

ISSN: 0718-6479



Revista Jurídica del Ministerio Público

N°56 - SEPTIEMBRE 2013

REVISTA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

N°56 - Septiembre 2013

Fiscal Nacional y Representante Legal:

Sabas Chahuán Sarrás

Encargado de la Revista Jurídica del Ministerio Público:

Pablo Campos Muñoz

Comité Editorial:

Pablo Campos Muñoz

Coordinador

Karen Guzmán Valenzuela

Sandra Luco Castro

Ricardo Mestre Araneda

Antonio Segovia Arancibia

Colaboradores:

Andrea González Leiva

David Opazo Meneses

Soledad Poblete Moya

La Revista Jurídica del Ministerio Público (ISSN N°0718-6479) es una publicación de la Fiscalía Nacional de la Institución, continuadora del Boletín del Ministerio Público, cuyo primer número fue publicado en mayo de 2001. Durante su primer año de publicación, fue editado mensualmente. Durante el año 2002 lo fue cada dos meses y, en el 2003, el incremento del material de difusión generado por la Reforma, forzó su edición trimestral, para fortalecer la recopilación y selección del material a publicar. Contiene 1.- Jurisprudencia; 2.- Comentarios de Jurisprudencia (artículos en que autores pertenecientes al Ministerio Público o externos analizan aspectos doctrinarios interesantes de fallos correspondientes al nuevo procedimiento penal) y 3.- Artículos e Informes de autores pertenecientes al Ministerio Público o externos que analizan diversos temas de derecho, principalmente derecho penal y procesal penal, o se informa sobre distintos aspectos relativos a la reforma procesal penal.

Toda solicitud de canje o donación de la Revista debe dirigirse a la Biblioteca de la Fiscalía Nacional.

Dirección: General Mackenna 1369, 2° piso, Santiago, Chile.

E-mail: sluco@minpublico.cl

Teléfono: 2965 9693

Las sentencias publicadas en esta Revista, se encuentran diagramadas de acuerdo al estilo de edición de la misma y sus textos son la transcripción de los originales, salvo cuando involucran a menores de edad, a víctimas de delitos de índole sexual o violencia intrafamiliar, o testigos cuya identidad no debe ser difundida, casos en el cuales los nombres de las víctimas y/o testigos y parientes, son reemplazados por sus iniciales para resguardar su identidad.

Las expresiones contenidas en los artículos publicados son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no representan, necesariamente, la opinión del Ministerio Público.

El Ministerio Público autoriza la reproducción del contenido de esta publicación, siempre y cuando se cite al autor, el número y año de la publicación y no se utilice para fines comerciales.

ÍNDICE

PRÓLOGO

I. MATERIAS DE INTERÉS GENERAL

Fallos

Recurso de nulidad rechazado. Falta de declaración de testigo durante la investigación. Derecho de defensa. Invocación de causal en capítulos conjuntos. Porte y tenencia de artefacto explosivo y daños. Concurso aparente de delitos. Actos posteriores copenados 9

Corte Suprema

II. DIVISIÓN DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

Artículo

El engaño y el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual en la jurisprudencia 31

Ángela Chávez Torrico

III. UNIDAD ESPECIALIZADA ANTICORRUPCIÓN

Artículos

Consideraciones en torno a la falsedad en partes o informes policiales
Artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile 59

José Luis Cortés Zepeda

Sentencia Comentada

Comentario sobre sentencia condenatoria de Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua referida al delito de soborno a funcionarios de la PDI 93

Francisco Caballero Zanzo

IV. UNIDAD ESPECIALIZADA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

Artículo

La cooperación eficaz
Herramienta de política criminal y atenuante especial de la Ley N°20.000 113

Renzo Figueroa Aste y Rubén Salas Orellana

V. UNIDAD ESPECIALIZADA EN DELITOS SEXUALES Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

Artículos

Indeterminación temporal fáctica de la acusación, derecho a la defensa y hallazgos científicos en la investigación de los procesos de memoria en niños y niñas víctimas de delitos sexuales 131

Karen Guzmán Valenzuela

Sentencias Comentadas

El caso jardín infantil “Divina Providencia” 147

Gabriela Carvajal Bravo

Comentario a sentencia condenatoria por amenazas y lesiones cometidas en contexto de violencia intrafamiliar 193

María Angélica San Martín Ponce

VI. UNIDAD ESPECIALIZADA EN LAVADO DE DINERO, DELITOS ECONÓMICOS, MEDIOAMBIENTALES Y CRIMEN ORGANIZADO

Artículo

Algunas consideraciones sobre el delito de tráfico ilícito de migrantes 215

Antonio Segovia Arancibia

Sentencia Comentada

Comentario al fallo dictado por la I. Corte de Apelaciones de San Miguel sobre la exclusión temática de prueba de peritos del Servicio de Impuestos Internos 241

Camila Alvear Vargas

VII. UNIDAD ESPECIALIZADA EN RESPONSABILIDAD PENAL ADOLESCENTE Y DELITOS VIOLENTOS

Artículos

La sanción accesoria de tratamiento por adicciones y la Convención de los Derechos del Niño 257

María José Taladriz Eguluz y Eva Curia Castro

Sentencia Comentada

Recurso de nulidad de la defensa rechazado por la Excma. Corte Suprema en un caso de homicidio a propósito de la prohibición de lectura de registros y documentos: infracción sustancial de derechos o garantías fundamentales y la trascendencia de la infracción 277

Juan Castro Bekios

PRÓLOGO

En la edición recién pasada destacamos la importancia de los cambios legislativos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas dentro del contexto de la incorporación de nuestro país a la OCDE. También resaltamos aquellos hechos delictuales que traspasan las fronteras nacionales y que dicen relación con la trata de personas. Y es este tópico con el que comenzaremos estas palabras introductorias.

Desde el año 2008 nuestro país cuenta con legislación moderna, que sanciona la trata de personas, como es la Ley N°20.507, cumpliendo así con compromisos internacionales de gran relevancia para Chile, concretamente con aquéllos adquiridos a partir de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, específicamente el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, que tienen el carácter de complementarios de la Convención.

De este modo nuestro país logró el avance necesario en lo que a la sanción de este tipo de ilícitos se refiere, ajustándose a los parámetros internacionales en el combate a formas actuales de esclavitud y que se encuentran en flagrante pugna con nuestra concepción del ser humano y de su dignidad, combate que pretende ser integral y efectivo en la protección de toda persona, especialmente aquéllas en estados tales de vulnerabilidad que provocan su completa indefensión.

Teniendo claridad en el norte antedicho, en esta edición presentamos el trabajo elaborado desde la División de Atención a Víctimas y Testigos en torno al engaño y el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima en este tipo de ilícitos, en especial cuando se realizan con fines de explotación sexual, aprovechando la jurisprudencia dictada hasta la fecha en nuestro país. Y en esta misma línea, presentamos un segundo artículo que reflexiona sobre algunas consideraciones en torno al delito de tráfico ilícito de migrantes.

Por su parte, desde la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, ofrecemos textos que analizan otro tema de gran relevancia nacional y que se refiere a aquellos delitos de índole sexual, cometidos contra menores de edad en que entran en conflicto el derecho a la defensa del imputado con el interés superior del niño que ha sido víctima de tales ilícitos, publicando un artículo que analiza la memoria de los menores y la posibilidad de dotar de certeza y precisión, por ejemplo, a la fecha en que ocurrieron los hechos. Asimismo, se comenta una sentencia relativa al delito de violación a niños en un jardín infantil.

Complementando estas sensibles temáticas, también se presentan artículos relativos a otros temas penales específicos, como lo es el artículo 22 de la Ley Orgánica de la

Policía de Investigaciones y la falsedad en los partes policiales, la cooperación eficaz en la Ley N°20.000, y la sanción accesoria de tratamiento por adicciones en menores de edad.

Finalmente, y a partir de fallos y resoluciones de nuestros tribunales, se presentan comentarios respecto de casos de soborno a funcionarios de la Policía de Investigaciones, amenazas y lesiones en contexto de violencia intrafamiliar, la exclusión probatoria de peritajes realizados por funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, y la posible vulneración de garantías fundamentales en el juicio oral con motivo de la lectura de registros o documentos.

SABAS CHAHUÁN SARRÁS
Fiscal Nacional

MATERIAS
DE INTERÉS GENERAL

RECURSO DE NULIDAD RECHAZADO. FALTA DE DECLARACIÓN DE TESTIGO DURANTE LA INVESTIGACIÓN. DERECHO DE DEFENSA. INVOCACIÓN DE CAUSAL EN CAPÍTULOS CONJUNTOS. PORTE Y TENENCIA DE ARTEFACTO EXPLOSIVO Y DAÑOS. CONCURSO APARENTE DE DELITOS. ACTOS POSTERIORES COPENADOS

Tribunal: Corte Suprema

Resumen:

No se divisa de qué manera el derecho de defensa del sentenciado se pudo menoscabar o sufrir detrimento al no prestar declaración durante la investigación el testigo cuestionado, menos aún si con ello nada más se ganaría –como parece, ante la falta de indicio en contrario– una simple reiteración de todo lo antes expuesto por escrito en sus informes, y que era de conocimiento de la defensa.

Eso bien pudo reclamarse en su oportunidad, de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 183 y 257 del Código Procesal Penal.

Para que estos reclamos puedan tener acogida, sería necesario que tal omisión de registro le hubiere impedido a la defensa ejercer las facultades que la ley le otorga, excluyéndose por tanto la anulación del juicio oral y la sentencia y, en su caso, de la audiencia de preparación del juicio oral, en aquellos casos en que tal ejercicio no ha sido efectivamente coartado¹.

Los motivos de la causal subsidiaria del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal se plantean de manera conjunta, no obstante ser incompatibles, pues mediante el primero el recurrente insta para que no se sancione al acusado por el delito de daños, y en el segundo se protesta por la pena impuesta por ese ilícito.

Lo anterior refleja una falta de correlación lógica entre lo razonado y lo solicitado, y da cuenta que la presentación carece en esta parte de la certeza y determinación, y en definitiva de la fundamentación que exige un recurso de derecho estricto y extraordinario como el de nulidad, motivo suficiente para su rechazo. Al no priorizar el recurrente entre los distintos motivos de nulidad de la causal subsidiaria, deja sin pautas a la Corte para ordenar el estudio y tratamiento de sus reclamos, el cual, desde luego no puede estar dado simplemente por el esquema seguido en el libelo, defectos que bastan para desestimar la causal subsidiaria.

Ni la Ley N°17.798 ni su Reglamento, dejan margen posible para que el acusado hubiera podido inscribir ante la autoridad o que ésta hubiese podido autorizarlo para portar o tener el artefacto explosivo y casero de las características del utilizado, de manera que bajo ningún respecto ni interpretación posible, está comprendido dentro

1 En el mismo sentido, ver los fallos dictados por la Excm. Corte Suprema en los autos ingreso N°2.029-2012, N°5.039-2012, N°5.461-12 y N°1.504 – 2013.

de aquellos “explosivos, bombas y otros artefactos de similar naturaleza, y sus partes y piezas” que menciona la letra d) del art. 2° de la Ley N°17.798.

No resulta atendible tampoco que a los ojos del acusado, el llevar consigo y trasladar en la vía pública un artefacto explosivo no pueda diferenciarse de los daños que con dicho artefacto ocasiona.

Si bien ambos hechos comprenden tiempos y lugares que se superponen o coinciden, específicamente en los instantes en que el acusado coloca el artefacto en el recinto siniestrado, dicha conexión es débil y tangencial, insuficiente por tanto para englobar todos los acontecimientos anteriores y posteriores a la colocación en una única vinculación de significado.

En los acontecimientos asentados en el fallo es reconocible un lapso durante el cual el hecho delictivo ejecutado es portar o tener un artefacto explosivo, y ese único suceso realiza sin más la descripción típica del artículo 13 de la Ley N°17.798, en razón de lo cual, si el encartado hubiese sido sorprendido por la autoridad cuando recién emprendía camino al blanco elegido –desde donde fuere que hubiere partido–, este delito de tenencia ya se encontraría perfecto.

Sólo una vez que el acusado coloca el artilugio explosivo en la oficina bancaria, se adiciona un nuevo hecho delictivo, que en parte se superpone con el anterior, y que constituye el inicio de la ejecución del delito de daños del artículo 487 del Código Penal, ilícito que se perfecciona al explotar el artefacto y producir el deterioro material buscado, instante previo al cual la consumación del delito de tenencia ya había finalizado al desprenderse el acusado de ese objeto.

Estableciendo el fallo una pluralidad de hechos –o hechos delictivos–, cada uno de los cuales, con independencia del otro, es autosuficiente para dar vida a sendos tipos penales, cabe desestimar la existencia de un concurso aparente de leyes penales.

Que los denominados actos posteriores copenados –manifestación de la relación de consunción entre delitos–, genéricamente, son casos en los que la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituye una unidad tal que la ley la considera alcanzada por la pena del primero.

*El criterio rector para resolver este dilema no puede ser otro que el mismo que está detrás de todo concurso aparente de leyes penales, esto es, el principio *ne bis in idem*, el que se vuelve operativo en estos casos al modo de una “prohibición de doble valoración”, para evitar que una misma circunstancia o aspecto del hecho o de los hechos objeto de juzgamiento tengan relevancia bajo más de una descripción, y se contravenga así la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho. En esta dimensión el principio *ne bis in idem* no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio general de proporcionalidad.*

El delito de tenencia de artefacto explosivo, no recoge cabalmente la magnitud del desvalor del hecho delictivo correspondiente a los daños ocasionados con el uso del artefacto, ya que aquella figura, atendido su carácter formal y de peligro prescinde

para la sanción del autor, de los fines y resultados de esa tenencia, como las muertes, lesiones o daños eventualmente producidos. Menos aún si en este caso particular, el delito de daños tuvo un resultado objetivamente importante, lo que obsta para estimar este resultado como cubierto por el desvalor ya sancionado por la mera tenencia del artefacto explosivo.

Los delitos de tenencia de artefacto explosivo y el de daños tienen contenidos de ilicitud recíprocamente independientes, por lo que para captar en plenitud el desvalor de ambos materializado en los acontecimientos fijados en el fallo, se ha debido aplicar y sancionar con todas las figuras concurrentes, pues de otro modo se dejaría fuera de la sentencia condenatoria el contenido de injusto del delito de daños perpetrado, sin expresar el reproche correspondiente.

Texto Completo

Santiago, veinticinco de septiembre de dos mil trece.

VISTOS:

El Séptimo Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, condenó a Hans Felipe Niemeyer Salinas, a la pena de cinco años de presidio menor en su grado máximo, más las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos y de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos durante el tiempo de la condena, y además a la pena de trescientos días de reclusión menor en su grado mínimo, más la accesoria de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor de los delitos consumados de tenencia de artefacto explosivo casero, previsto y sancionado en los arts. 13 y 3°, inc. 2°, de la Ley N°17.798 sobre Control de Armas, y de daños, previsto y sancionado en el art. 487 del Código Penal, cometidos el 30 de noviembre de 2011 en la comuna de Macul de esta ciudad. No se concede al sen-

tenciado beneficio alguno de la Ley N°18.216.

Contra este pronunciamiento, la defensa del convicto interpuso recurso de nulidad, el que se admitió a tramitación por resolución de fs. 127, fijándose la audiencia del día 5 de septiembre pasado para su conocimiento, a la que concurrieron los representantes de las partes según se advierte del acta agregada a fs. 134.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en el recurso se invoca como causal principal la de la letra a) del art. 373 del Código Procesal Penal, por infracción de las garantías consagradas en el art. 19 N°2 y 3 de la Constitución Política de la República, en relación al art. 181 del Código Procesal Penal, en el art. 8° N°2, letras b), c) y f) de la Convención Americana de Derechos Humanos, y en el art. 14 N°3, letras a), b) y e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Al explicar este acápite del recurso, se indica que en el juicio oral declaró

el testigo Cristián Pérez Mancilla, en ese entonces Oficial de la Dirección de Inteligencia Policial de Carabineros de Chile (Dipolcar), cuyo testimonio había sido excluido como prueba de cargo por el Juez de Garantía en la audiencia de preparación de juicio oral, por infracción del deber de registrar las actividades de investigación, contemplado en el art. 181 del Código del ramo, en particular de identificar a los testigos y consignar sus declaraciones; así como por vulnerar el derecho de defensa del acusado, toda vez que al no haber declarado en el curso de la investigación, se impediría controlar y confrontar sus dichos en el juicio oral. Con posterioridad, resolviendo la apelación del Ministerio Público al auto de apertura, la Corte de Apelaciones de Santiago repuso esta prueba, sentenciando que no había sido obtenida con infracción de garantías.

Se agrega que los dichos prestados por el aludido testigo en el juicio oral fueron valorados por los jueces, y a lo largo de la sentencia se alude a ellos en numerosas oportunidades, siendo parte del pilar fundamental de la prueba de cargo.

En cuanto a la influencia de las infracciones reseñadas en lo dispositivo del fallo objetado, se precisa que siendo el testigo en cuestión miembro del Equipo Multidisciplinario de Carabineros encargado de investigar los cuatro hechos imputados al acusado, respecto de uno de los cuales éste resultó condenado, sus declaraciones fueron sustento de la existen-

cia de los distintos delitos objeto de investigación, acusación y sentencia.

Se pide por medio de esta causal principal, que se declare nulo el juicio oral y la sentencia, se excluya del auto de apertura al testigo indicado y se ordene luego la celebración de un nuevo juicio oral.

Subsidiariamente, se asiló el recurrente en la causal de la letra b) del art. 373 del Cód. Procesal Penal, la que se funda conjuntamente en dos motivos: 1) dos errores cometidos en la calificación jurídica de los hechos y 2) la errónea determinación de la pena.

El primer error en la calificación jurídica se dice consistir en subsimir los hechos comprobados en la infracción a los arts. 13 y 3°, inc. 2°, de la Ley N°17.798, y además en el delito de daños del art. 487 del Código Penal, pues se estaría ante un concurso aparente de leyes penales resuelto por el propio legislador en favor de la primera figura, al prescribir el art. 488 del mismo texto, que las disposiciones del párrafo 10°, que trata de los daños, sólo tendrán lugar cuando el hecho no pueda considerarse como otro delito que merezca mayor pena.

El segundo yerro que se achaca a la sentencia, es haber optado por la figura del art. 13 por sobre la de los arts. 9° y 2°, letra d), todos de la Ley N°17.798, por cuanto este último precepto comprende el artefacto explosivo cuya tenencia se adjudica al acusado. Para fundar lo planteado, se repasa la historia y evolución legislativa de la Ley N°17.798,

con lo cual se concluye que el art. 2° precitado contempla sólo el ámbito de aplicación de dicho cuerpo legal, y se añade que el carácter de delito de peligro de la tenencia de artefacto explosivo no impide incluir en su sanción el empleo del artefacto.

Se solicita para este primer motivo de la causal subsidiaria de nulidad, la dictación de sentencia de reemplazo que recalifique los hechos a infracción a los arts. 9° y 2°, letra d), de la Ley N°17.798 y, en subsidio, a infracción a los arts. 13 y 3° de igual normativa.

En la sección segunda de la causal subsidiaria de nulidad, se protesta por una errónea aplicación del derecho en la determinación de la pena asignada al encartado.

Se arguye que los sentenciadores del grado se valen erróneamente de los criterios contenidos en el art. 69 del Código Penal para determinar el *quantum* de las penas, equivocación que los lleva, luego de aplicados los arts. 67 y 68 del mismo Código, a fijar las dos sanciones en su tiempo máximo. Tal resultado pasaría por alto que en los dos delitos establecidos favorece al inculpado una minorante, sin cargar con agravantes y, por otra parte, el escaso poder del artefacto explosivo utilizado.

Igualmente se queja por violación del principio *ne bis in idem* y de la prohibición de doble valoración, al considerarse la tenencia de elementos explosivos prohibidos, tanto en el delito del art. 13 de la Ley N°17.798, como al descartar la sanción con pena de multa en el delito de daños,

y finalmente al fijar la sanción más elevada para este último ilícito.

Se pide por este segundo motivo de la causal subsidiaria, un pronunciamiento de reemplazo que dé recta aplicación al art. 69 del Cód. Penal y corrija los defectos de doble valoración del uso de artefacto explosivo, determinando una pena de 3 años y un día de presidio o la que esta Corte estime de justicia, en relación con lo resuelto respecto a la petición de recalificación.

SEGUNDO: Que para acreditar los presupuestos de la causal principal del recurso, se rindió prueba de audio, la que fue recibida al inicio de la vista de la causa, conforme prescribe el art. 359 del Código Procesal Penal, y que corresponde al registro de parte de la audiencia de preparación del juicio oral y del alegato de apertura de la defensa en el juicio oral.

TERCERO: Que la causal deducida de manera principal, invoca la letra a) del art. 373 del Cód. Procesal Penal, la que se hace consistir en la vulneración del debido proceso y del derecho de defensa del acusado, al no haberse registrado durante la investigación la declaración del carabinero Cristián Pérez Mancilla, testigo que depuso en el juicio oral como parte de las probanzas de cargo, incumpléndose con ello los deberes de registro contenidos en los arts. 181, 227 y 228 del Código Procesal Penal -los dos últimos referidos por el letrado durante la vista de la causa-, preceptos que, para mejor compren-

sión de lo que se dirá, se reproducen parcialmente a continuación.

El art. 181, ubicado en el párrafo 3°: “Actuaciones de la investigación”, del Título I del Libro II del Código Procesal Penal, dispone: “Actividades de la investigación. Para los fines previstos en el artículo anterior, la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, *se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones (...)*”

Este art. 181, de carácter general, debe leerse conjuntamente con los arts. 227 y 228 que componen el párrafo 4°, titulado “Registros de la investigación”, que le sigue, conexión que el propio recurrente propuso en su alegato durante la vista de la causa, al mencionar también estos preceptos como vulnerados.

El art. 227, cuyo epígrafe es “Registro de las actuaciones del ministerio público”, prescribe que “El ministerio público deberá dejar constancia de las actuaciones que realizare, tan pronto tuvieren lugar, utilizando al efecto cualquier medio que permitiese garantizar la fidelidad e integridad de la información, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirlo. La constancia de cada actuación deberá consignar a lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar de realización, de los funcionarios y demás personas que hubie-

ren intervenido y una breve relación de sus resultados.”

Y el art. 228, a su turno, dispone bajo el rótulo “Registro de las actuaciones policiales”, lo siguiente: “La policía levantará un registro, en el que dejará constancia inmediata de las diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el registro de las instrucciones recibidas del fiscal y del juez. El registro será firmado por el funcionario a cargo de la investigación y, en lo posible, por las personas que hubieren intervenido en los actos o proporcionado alguna información. En todo caso, estos registros no podrán reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral.”

CUARTO: Que la causal de la letra a) del art. 373 ya mencionado, reserva la nulidad del juicio oral y la sentencia para infracciones sustanciales de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

En el estudio de esta causal, la doctrina ha insistido en que no toda infracción determina automáticamente la nulidad del juicio y la sentencia, ya que el carácter sustancial exigido supone que la infracción sea de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad (v. Horvitz M. y López J. Derecho Procesal Penal Chileno, Stgo.,

Ed. Jdca., 1a ed., 2004, T. II, p. 414). Esta opinión proveniente de las aulas, ha sido compartida desde los estrados por esta Corte en innumerables pronunciamientos pretéritos, al dictaminar que el art. 373 letra a) en comento, demanda que la infracción sea “trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso” (SCS Rol N°3319-02 de 29.10.2002. v.t. SSCS, Rol N°5960-05 de 18.01.2006, Rol N°6631-2007 de 30.01.2008, Rol N°502-2009 de 31.03.2009, Rol N°2044-2009 de 23.06.2009, Rol N°990-2010 de 03.05.2010, Rol N°1237-10 de 17.05.2010, Rol N°6305-10 de 19.10.2010, Rol N°6356-10 de 26.10.2010, y Rol N°1179-13 de 22.04.2013).

Asimismo, la cátedra ha postulado que se requiere también una sustancial influencia en lo dispositivo del fallo por parte de la infracción sostenedora de la causal de nulidad en vista, toda vez que este arbitrio supone la exigencia general del agravio, aplicable a todo recurso, y la exigencia general del perjuicio aplicable a toda nulidad. Por ello la contravención debe ocasionar a la parte que la alega, un perjuicio reparable sólo con la declaración de invalidez, lo que existirá cuando la inobservancia de las formas procesales hubiera atentado contra las posibilidades de actuación de ese interviniente en el procedimiento, conforme al art. 159 del Código Procesal Penal (Horvitz, *ob. cit.*, T. II, p. 415; Chahuán S. Manual del Nuevo Procedimiento

Penal. Stgo., Legal Publishing, 6a ed., 2009, p. 353, y Otero M. La Nulidad Procesal Civil, Penal y de Derecho Público. Stgo., Ed. Jdca., 2a ed., 2010, pp. 174-175, estiman derechamente aplicable la exigencia de influencia en lo dispositivo en virtud del art. 375 del Cód. Procesal Penal, al recurso de nulidad fundado en la causal en estudio; mientras Mosquera M. y Maturana C. Los Recursos Procesales. Stgo., Ed. Jdca., 2010, p. 330, ratifican sobre lo mismo, que la nulidad sin perjuicio no opera).

QUINTO: Que, ahora bien, en torno a los deberes de registro que la defensa estima desobedecidos, se ha escrito que el sentido y propósito de los arts. 227 y 228 del Código Procesal Penal -y por tanto, también del art. 181- es garantizar al imputado y su defensa el acceso a la información que arroje la investigación, reiterando así la idea consagrada en el art. 93 letra e) del mismo Código (derecho a conocer el contenido de la investigación), por lo que este registro debe ser completo o, en palabras del art. 227, fiel e íntegro, ya que el conocimiento de la investigación asegura que el denunciado pueda ejercer adecuadamente su defensa desde las primeras actuaciones del procedimiento (Bofill J. “Alcance de la obligación del Fiscal de registrar sus actuaciones durante la investigación. Consecuencias de su incumplimiento en las diferentes etapas del procedimiento”. Revista de Estudios de la Justicia, N°6, 2005, pp. 54-56. v.t. Horvitz M. y López J. Derecho Procesal Penal Chileno,

Stgo., Ed. Jdca., 1a ed., 2003, T. I, pp. 454-455).

Y ratificando lo expuesto, la misma doctrina precisa que la correcta solución de los distintos eventos en que se encuentre en juego un supuesto incumplimiento, por parte del fiscal o la policía, de su obligación de registro, debe ser hallada, luego de una interpretación sistemática que incluye los arts. 8° y 374 letra c) de la codificación adjetiva en materia criminal, en el hecho de que tal omisión de registro le hubiere impedido a la defensa ejercer las facultades que la ley le otorga, excluyéndose por tanto la anulación del juicio oral y la sentencia y, en su caso, de la audiencia de preparación del juicio oral, en aquellos casos en que tal ejercicio no ha sido efectivamente coartado (Bofill, *ob. cit.*, p. 57. v.t. Horvitz, *ob. cit.*, T. II, p. 415)

SEXTO: Que, como previsible corolario de lo reflexionado en las consideraciones antecedentes, se escrutará enseguida si al no tomarse declaración al testigo Pérez Mancilla durante la fase de investigación -conviene apuntar que la omisión del registro es consecuencia de una diligencia no realizada, y no de una actuación efectuada sin dejar debida constancia-, se obstaculizó a la asistencia jurídica del imputado, o a este mismo, de ejercitar sus facultades y medios de defensa en el juicio en alguna medida relevante y verificable.

Partiendo del supuesto no discutido de que el testigo Pérez Mancilla elaboró diversos informes allegados a

la investigación -durante la vista de la causa la apoderada del Ministerio del Interior y Seguridad Pública hizo presente la existencia de doce informes suscritos por el aludido testigo-, cabe desde ya resaltar que la defensa no ha afirmado, ni en su libelo ni durante la vista de la causa, que ese testigo haya revelado en la audiencia de juicio oral algo que no se hallara expuesto antes en los informes que elaboró y que se adjuntaron al dossier de esta investigación, o que de alguna otra forma se haya apartado de lo comunicado a través de dichos documentos. Tampoco manifestó el recurrente alguna imposibilidad para acceder a dichos instrumentos, revisarlos, hacerse de copia, y estudiarlos para preparar sus descargos, ni tampoco insinuó algún retardo o entorpecimiento para realizar las actuaciones anteriores.

Asimismo, no se alegó ni probó que la omisión de registro objetada le hubiera dificultado o frenado el conocimiento oportuno y detallado del contenido de la acusación, desde que no se refirió que Pérez Mancilla no fuera incluido como testigo en ésta -según mandata el art. 259, inc. 2°, del Código Procesal Penal-, ni tampoco que los informes suscritos por tal atestiguante no estuviesen disponibles para esa parte, conjuntamente con la acusación, de la manera que ordena el art. 260.

Una vez contextualizada la queja del recurrente, no se divisa de qué manera el derecho de defensa del sentenciado se pudo menoscabar o sufrir detrimento al no prestar declaración durante la investigación

el testigo cuestionado, menos aún si con ello nada más se ganaría -como parece, ante la falta de indicio en contrario- una simple reiteración de todo lo antes expuesto por escrito en sus informes, y que era de conocimiento de la defensa.

Bien podrá refutarse que los contenidos suministrados a la investigación mediante el informe escrito elaborado por el testigo, y los incorporados a través de la diligencia de declaración del art. 190 del Código Procesal Penal, difieren sustancialmente, ya que en esta última instancia puede intervenir el defensor y someter al testigo a su escrutinio. Sin perjuicio que la participación de la defensa en esa diligencia es sólo eventual -art. 184-, lo concreto es que de haber sido ese el meollo de la disconformidad de la recurrente, pudo ésta haberla solicitado según le autoriza el art. 183, siempre del mismo Código, e insistido, en caso necesario, conforme al art. 257. No haberlo solicitado revela, por sobre las cuestiones relativas a la preparación del recurso, que en verdad dicha diligencia -y su registro- no era interesante ni útil para la estrategia defensiva del encartado, bastando el contenido de los informes elaborados por el testigo que causa la molestia, a efectos de preparar el conainterrogatorio así como los demás aspectos de litigación desplegados en el juicio.

En esta línea argumentativa ha decidido antes esta Corte, también respecto de funcionarios policiales que deponen en el juicio oral y no en la investigación, pero que elaboran

informes durante esta etapa, resolviendo que al ser conocido para la defensa el contenido de esos informes, no le era ajeno lo que sería objeto de las declaraciones, y por tanto no es posible sostener que se le haya privado de algún derecho, puesto que bien pudo preparar el conainterrogatorio respecto de declarantes que no le eran desconocidos (SCS, Rol N°1504-13 de 23.04.2013). En cambio, y como pacífico contrapunto, sí se ha determinado la nulidad del juicio y de la sentencia en virtud del incumplimiento de deberes de registro, cuando la declaración de la testigo cuestionada no constaba en la carpeta de la investigación -ni siquiera su nombre aparecía en ella- (SCS, Rol N°5116-12 de 05.09.2012), circunstancias estas últimas, muy alejadas de las ahora estudiadas, en las que la defensa no ha aducido ignorancia -y consecuente sorpresa- sobre la existencia del testigo o lo declarado por éste en el juicio.

SÉPTIMO: Que no está demás reiterar que el reclamo de la defensa gira, de manera genérica, en torno a la falta de registro de la declaración de Pérez Mancilla durante la investigación, y no específicamente en la omisión de su declaración ante alguna de aquellas autoridades que menciona el art. 332 del Cód. Procesal Penal, producto de lo cual se haya visto impedido de refrescar la memoria de ese testigo, demostrar o superar sus contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Dicho precepto ni siquiera fue citado en el recurso, en el que se

protesta únicamente -en relación a Pérez Mancilla- por “no haber declarado en el curso de la investigación” y no existir “con qué contrastar sus declaraciones en el juicio oral”, como infracción de los deberes de registro del art. 181 ya conocido, esto es, el de identificar a los testigos del hecho investigado y consignar sus declaraciones.

A mayor abundamiento, el recurrente no ha desarrollado el por qué sería necesario acudir al uso de la herramienta del art. 332 durante la deposición de Pérez Mancilla, para ejercer plenamente la defensa del enjuiciado, ya sea porque el testigo se haya distanciado de algún modo del contenido de los informes confeccionados por él durante la etapa de pesquisas, o porque haya omitido deponer sobre antecedentes que según el informe le eran conocidos, etc. Y todavía más, si el descontento del impugnante proviene de que el declarante, bajo la excusa del olvido, omitió aportar en el juicio antecedentes que constaban en sus informes -durante la vista de la causa esta parte refirió que el testigo reiteradamente le respondió “no me acuerdo”-, escenario ante el cual la defensa no pudo refrescar memoria por no incluir esos documentos el art. 332 comentado -pasando por alto que todo ello no ha sido probado en este recurso-, ello supondría entonces que esos informes contenían antecedentes favorables al encausado. Si eso fuera así -sólo para efectos de este razonamiento-, la defensa debió explicitar en qué consistía dicha información y de qué manera podía ser útil o favorable

para su causa, pues lo que a través de la sentencia se conoce del testimonio de Pérez Mancilla es únicamente de carácter incriminatorio para el acusado. Si el referido testigo sabía algo, que de haberse compartido con los jueces habría alterado lo decidido por éstos, parece entonces esperable que la defensa explique porqué, actuando en consecuencia, no lo ofreció como testigo propio para el juicio oral -la solicitud de exclusión del testigo en la audiencia de preparación de juicio oral como en este recurso, aumenta la carga de fundamentación incumplida de esa parte.

Finalmente, y para agotar este punto, obsérvese que la defensa ni siquiera ha mencionado -menos probado- algún intento por confrontar la declaración de Pérez Mancilla en el juicio, con el contenido de sus informes, pues es sabido que la jurisprudencia se divide en esta materia en cuanto a las posibilidades de contrastar con elementos diversos a los mencionados en el art. 332 cuando esa actuación beneficia al imputado. Dejando nuevamente de lado lo relativo a la preparación de este recurso, con lo apuntado se ha querido enfatizar la falta de acreditación de una necesidad real de acudir a dicha herramienta procesal, lo que permite presumir que el testigo tachado se ajustó lealmente en su deposición al contenido de los informes conocidos por la defensa.

OCTAVO: Que así como ha sido traído este recurso, parece no respetarse su carácter de derecho estricto que, amén de otras exigencias, conlleva una alta tasa de fundamen-

tación como de concreción en lo pedido, la que no se cumple con planteamientos desentendidos de la realidad de este proceso, y presentados de forma abstracta sin prestar atención a su relevancia concreta para el desarrollo y resultado de esta *litis*. Esto contradice el criterio ya manifestado por esta Corte, según el cual el agravio a la garantía del debido proceso debe provenir de un vicio real, que perjudique efectivamente los derechos procesales de las partes, es decir, que entorpezca, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso (SCS, Rol N°1237-10 de 17.05.2010, v.t. SSCS Rol N°990-2010 de 03.05.2010 y Rol N°6356-10 de 26.10.2010), criterio al que se suma la doctrina cuando demanda que la infracción produzca “consecuencias efectivas y constatables” para el recurrente de nulidad (Rieutord A. El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal. Stgo., Ed. Jdca., 2007, p. 43).

No basta por tanto, la mera contravención formal de alguna norma legal que ningún perjuicio ni menoscabo verdadero ha significado para el ejercicio del derecho de defensa a la parte reclamante, tal como parece ocurrir en el presente caso ante la ausencia de prueba que permita afirmar lo contrario.

NOVENO: Que todo lo hasta aquí razonado impide presumir perjuicio alguno, como desliza el recurrente aludiendo a lo prescrito en el art. 160 del Cód. Procesal Penal, pues no se ha contrariado el pleno ejercicio del derecho de defensa del acusado y, además, descarta la posibilidad de

equiparar las situaciones que rodearon las actuaciones de los testigos Pérez Mancilla y Mediavilla Castro en este proceso, porque el atestado de éste fue desestimado por los sentenciadores del grado al no declarar ante la fiscalía y sólo haber firmado un informe pericial realizado por otro policía, circunstancias muy diversas a las de aquél, quien suscribió y elaboró -la defensa no ha dicho lo contrario- los informes sobre cuyo contenido versó su relato en el juicio.

DÉCIMO: Que aunque la falta de sustancialidad de la infracción señalada por la defensa, permite con holgura desestimar fundadamente la causal principal del recurso, parece aconsejable no seguir sin antes consignar que, además, el haber reincorporado la Corte de Apelaciones de Santiago al testigo Pérez Mancilla al auto de apertura, así como su recepción como parte de la prueba de cargo en el juicio oral, y su consiguiente valoración y mención en la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal, no tuvo ninguna influencia en lo dispositivo del veredicto condenatorio, y para comprobarlo, basta examinar en qué consistieron los dichos del testigo controvertido en relación al hecho N°4 del considerando 9°) de la sentencia, de fecha 30 de noviembre de 2011, único de los cuatro objeto de la acusación por el cual se sancionó al inculcado. Sobre esto, como el recurrente no ofreció ni rindió prueba, se estará a lo que consta en la sentencia impugnada, desde donde se extracta lo siguiente:

En el basamento 5°) del fallo del *a quo*, se menciona al testigo dubitado

al enunciar a quienes efectuaron las pericias de las que principalmente se vale el Ministerio Público a efectos de intentar acreditar los cargos contenidos en la acusación. Luego, en los motivos 6°) y 7°), a propósito de la fabricación y explosión de artefactos los días 16 de septiembre de 2010 y 13 de agosto de 2011, hechos por los cuales el acusado fue absuelto, el testigo Pérez Mancilla, explicó en general el protocolo bajo el cual Carabineros opera en este tipo de casos, además de dar cuenta de su asistencia a los sitios del suceso correspondientes a ambos siniestros y de algunas diligencias realizadas en el lugar. Y en el basamento 10°), el Tribunal de la instancia fundamenta porqué la prueba de cargo, incluida la información recopilada por el testigo controvertido, no permitió acreditar la vinculación del acusado con actividades u organizaciones terroristas ni calificar los hechos N°3 y N°4 como delitos contemplados en la Ley N°18.314.

Finalmente, en las consideraciones 4°) y 12°), en las que los recurridos describen y valoran la prueba que sirve de sostén para la condena del acusado, en parte alguna siquiera se menciona al testigo Pérez Mancilla.

UNDÉCIMO: Que luego de lo relacionado en la motivación anterior, arduo resulta vislumbrar de qué manera, aun indirecta, el atestado de Pérez Mancilla tuvo al menos la potencialidad de impulsar la convicción condenatoria de los jueces respecto del hecho de 30 de noviembre de 2011, y de ese modo influir en lo dispositivo del fallo, sin que el libelo

del recurrente ayude en este punto, pues sólo manifiesta, en relación al perjuicio que le acarrea la infracción denunciada, que formando el testigo parte de un Equipo Multidisciplinario de Carabineros encargado de investigar los hechos imputados, respecto de uno de los cuales fue condenado el acusado, sus declaraciones fueron sustento de la existencia de los distintos delitos.

Otra vez no se logra apreciar la causa por la que el solo hecho de formar parte de un equipo, cuyos otros integrantes aportan elementos para acreditar el ilícito objeto de la condena, importa que su testimonio, que no versa sobre este ilícito, pasa automáticamente a ser relevante para lo decidido. Aclarar y probar ese vínculo desde luego era de cargo del recurrente ante la falta de indicios para suponer algo al respecto. Añádase a lo dicho que en el recurso no se especifica qué parte del testimonio de Pérez Mancilla influyó o pudo haber influido en la determinación condenatoria, ni de qué sección del fallo es posible inferir o siquiera intuir que los dichos de ese testigo tuvieron alguna relevancia.

Bajo esas circunstancias, lo que se afirma en el recurso, en cuanto a que la declaración del testigo Pérez Mancilla fue aludida en la sentencia “en numerosas oportunidades, siendo parte del pilar fundamental de la prueba de cargo”, no está demostrado y, por el contrario, sucede que el fallo la cita en escasas ocasiones y sin aportar nada aprovechable como prueba de cargo en relación al hecho sobre el que recae la condena.

Es así entonces que el fallo revisado se apoya para establecer el hecho y la autoría del acusado, en múltiples testigos, peritos y otros medios de prueba que al menos, desde la óptica y baremo de los arts. 297 y 342 del Código Procesal Penal, parecían suficiente para establecer la responsabilidad penal del acusado con total prescindencia e independencia de lo que haya o no depuesto el testigo Pérez Mancilla -no puede pasarse por alto que, como consta en el fallo, el acusado fue sorprendido en situación de flagrancia respecto del hecho materia de la condena-, de manera que su exclusión del auto de apertura, *mutatis mutandis*, no debiera alterar el resultado desfavorable para el sentenciado en el nuevo juicio que se persigue.

DUODÉCIMO: Que en cuanto a la causal subsidiaria, de la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, ésta se separa en dos motivos que se deducen conjuntamente, consistentes en la errónea aplicación del derecho recaída, primero, en la calificación jurídica de los hechos, al sancionar al acusado por el delito de daños y por la infracción a la Ley N°17.798, y no sólo por ésta; y segundo, en la determinación de la pena impuesta, al fijarla para ambos delitos en su máxima cuantía.

Antes que todo, debe decirse que los motivos reseñados de esta causal subsidiaria se plantean de manera conjunta, no obstante ser incompatibles, pues mediante el primero el recurrente insta para que no se sancione al acusado por el delito de

daños, y en el segundo se protesta por la pena impuesta por ese ilícito.

Lo anterior refleja una falta de correlación lógica entre lo razonado y lo solicitado, y da cuenta que la presentación carece en esta parte de la certeza y determinación, y en definitiva de la fundamentación, que exige un recurso de derecho estricto y extraordinario como el de nulidad intentado, motivo suficiente para su rechazo. En efecto, al no priorizar el recurrente entre los distintos motivos de nulidad de la causal subsidiaria, deja sin pautas a esta Corte para ordenar el estudio y tratamiento de sus reclamos, el cual, desde luego no puede estar dado simplemente por el esquema seguido en el libelo.

Aun cuando los defectos anotados bastan para desestimar la causal subsidiaria del recurso de nulidad, y con ella todos los motivos de queja, se tratará brevemente cada uno de ellos para explicar las razones por las cuales igualmente éstos no podrían ser acogidos.

DÉCIMO TERCERO: Que el análisis de la causal subsidiaria del recurso hace menester recordar los hechos que tiene por ciertos el Tribunal Oral: “Que, el día 30 de noviembre de 2011, en horas de la noche Hans Felipe Niemeyer Salinas, se dirigió hasta la sucursal del Banco BCI ubicado en Avenida Macul N°2906 de la Comuna del mismo nombre, portando un artefacto explosivo de fabricación artesanal, lugar donde a las 22:00 horas aproximadamente, procedió a colocarlo. El artefacto estaba compuesto

de un extintor como contenedor, en cuyo interior había pólvora negra y Tetryl, con un sistema de activación eléctrica mediante el uso de dos temporizadores mecánicos y porta lámparas, temporizadores que a su vez estaban contenidos cada uno en un contenedor cilíndrico plástico transparente, los cuales se activaron y detonaron en forma anticipada, causando diversos daños en el ventanal de vidrio del cajero automático que da al exterior, las puertas protex del acceso a la sucursal, en el suelo, muro y cielos de la misma, los cuales tuvieron un costo de reparación que ascendió a la suma de \$ 8.613.458.”

DÉCIMO CUARTO: Que en cuanto al segundo error incluido en el primer motivo de la causal subsidiaria del recurso de nulidad -se alterará el orden seguido en el recurso para la mejor explicación de lo que se decidirá-, por el cual se pretende subsumir los hechos recién reproducidos en el delito de los arts. 9° y 2°, letra d), de la Ley N°17.798, tal pretensión debe ser rechazada, ya que la conducta castigada en aquel precepto consiste en poseer o tener alguna de las armas o elementos señalados en las letras b), c), d) y e) del art. 2°, *sin las autorizaciones* a que se refiere el art. 4°, o *sin la inscripción* establecida en el art. 5°, ambos preceptos también de la Ley N°17.798 (Cea S. y Morales P. Control de Armas. Stgo., LegalPublishing, 4a ed., 2011, pp. 72-73). En otras palabras, lo que sanciona el mentado art. 9° es el incumplimiento de los deberes de inscribir u obtener autorización de la autoridad para portar o tener el arma o elemento indicado

taxativamente en la ley, por lo tanto, necesariamente esa arma o elemento debe ser uno de aquellos que un particular podría inscribir ante la autoridad o ésta podría autorizar a portar o tener, cuestión que respecto de las armas y demás elementos que enumera el art. 3° la propia ley proscribire con claridad meridiana. Por ello, no obstante que todos los elementos y armas que contempla el art. 3° están incorporados en el art. 2° de la Ley N°17.798, “su posesión o tenencia está totalmente prohibida para los particulares” (Cea, *ob. cit.*, p. 103).

Resulta inconcuso entonces que ni la Ley N°17.798 ni su Reglamento -una rápida lectura así lo demostrará-, dejan margen posible para que el acusado hubiera podido inscribir ante la autoridad o que ésta hubiese podido autorizarlo para portar o tener el artefacto explosivo y casero de las características del utilizado, de manera que bajo ningún respecto ni interpretación posible, está comprendido dentro de aquellos “explosivos, bombas y otros artefactos de similar naturaleza, y sus partes y piezas” que menciona la letra d) del art. 2° de la Ley N°17.798.

Valga sólo mencionar que la excepción a la sanción que prescribe el inc. final del art. 13° a quienes hayan sido autorizados en la forma y para los fines establecidos en el inc. 1° del art. 4°, el que a su vez se refiere a las armas y elementos del art. 2°, dice relación con actividades de fabricación, armaduría, transformación, importación, etc., que no vienen al caso para estos hechos.

DÉCIMO QUINTO: Que retomando el primer error denunciado dentro del motivo primero de la causal subsidiaria del recurso de nulidad, cabe recordar que se arguye la existencia de un concurso aparente de leyes penales entre el delito del art. 13 de la Ley N°17.798 -norma aplicable, por exclusión del art. 9°, según lo recién decidido-, y el delito de daños, del art. 487 del Código Penal, concurso que estaría resuelto expresamente por el legislador en favor del primer precepto, en el art. 488 del mismo texto.

Analizar lo propugnado por el recurrente, requiere establecer si en la relación de acontecimientos dados por verdaderos en la sentencia, puede identificarse una unidad o pluralidad de hechos, examen al que se dedicarán los motivos siguientes.

DÉCIMO SEXTO: Que de realizarse este examen a la luz del concepto de la unidad natural de acción, se concluiría que no hay una acción única, ni desde un punto de vista valorativo ni de conexión espacio-temporal (Bacigalupo E. Derecho Penal. Buenos Aires, Hammurabi, 2a ed., 1999, pp. 582-583).

Comenzando por el último mencionado, en el presente caso, no ha existido una estrecha conexión temporal y espacial entre los diversos acontecimientos atribuidos al acusado y que a juicio de los sentenciadores constituyen dos ilícitos diversos, ya que corresponden a dos conductas o hechos fácilmente diferenciables: primero, el traslado del artefacto explosivo, y segundo, su colocación

y la causación de daños. Ambos son hechos temporal y espacialmente reconocibles de manera autónoma, el primero se ejecuta en la vía pública, comprendiendo el tránsito desde el lugar donde el acusado mantenía, recibe o adquiere -este punto no fue zanjado en el fallo- el artefacto explosivo hasta la sucursal del banco afectado, y el segundo es cronológicamente posterior, principiando una vez que arriba a su destino e instala el aparato para dejarlo en condiciones de causar daños, motivo por el cual es distinguible territorialmente también.

Por estas mismas razones no resulta atendible tampoco que a los ojos del acusado, el llevar consigo y trasladar en la vía pública un artefacto explosivo no pueda diferenciarse de los daños que con dicho artefacto ocasiona.

Si bien ambos hechos comprenden tiempos y lugares que se superponen o coinciden, específicamente en los instantes en que el acusado coloca el artefacto en el recinto siniestrado, dicha conexión es débil y tangencial, insuficiente por tanto para englobar todos los acontecimientos anteriores y posteriores a la colocación en una única vinculación de significado.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, empero, las conclusiones antes presentadas no se verían alteradas, si ante lo impreciso del criterio de la unidad natural de acción recién utilizado, se optara por recurrir nuevamente a los conceptos jurídicos y apreciar un único hecho en la unidad espacio-temporal dentro de la

que se realiza al menos un tipo penal (Matus J.P. “Comentario preliminar a los arts. 74 y 75. Régimen concursal en la ley chilena.” En: Politoff S. y Ortiz L. (dir.). Texto y Comentario del Código Penal Chileno. Stgo., Ed. Jdca., 2009, p. 385). Para Mañalich J.P. “El principio *ne bis in idem* en el derecho penal chileno.” Revista de Estudios de la Justicia, N°15, 2011, pp. 150-151, cada realización imputable de un determinado tipo delictivo cuenta como un “hecho delictivo” *per se*, que a su vez, es el sentido primario en que puede hablarse de “hecho” en el derecho penal sustantivo.

En los acontecimientos asentados en el fallo es reconocible un lapso durante el cual el hecho delictivo ejecutado es portar o tener un artefacto explosivo, y ese único suceso realiza sin más la descripción típica del art. 13 de la Ley N°17.798, en razón de lo cual, si el encartado hubiese sido sorprendido por la autoridad cuando recién emprendía camino al blanco elegido -desde donde fuere que hubiere partido-, este delito de tenencia ya se encontraría perfecto.

Por otra parte, que el hecho ilícito que realiza la descripción del delito de tenencia se extienda en el tiempo debido a que el agente continúa conservando el artefacto e incluso se traslada con él, no significa que ese hecho o delito deban considerarse imperfectos o de un menor disvalor, al contrario, en un delito permanente como el aludido, la duración del estado antijurídico intensifica la lesión al bien afectado, pero no al punto de modificar su naturaleza

unitaria (Matus, *ob. cit.*, p. 386). El Tribunal Supremo Español cataloga el delito de tenencia ilícita de armas como un delito permanente, “en cuanto la situación antijurídica se inicia desde que el sujeto tiene el arma en su poder y se mantiene hasta que se desprende ella” (ATS 913/2007, N° de Rec. 1146/2006, de 18.01.2007).

En lo que interesa a los daños, en el período anterior a que el acusado se dispusiera a instalar el dispositivo incendiario en el local siniestrado, no se identifica ningún hecho de vinculación inequívoca a ese delito, pues el acusado podía haber conservado el artefacto en su domicilio, simplemente llevarlo en la vía pública para trasladarlo a otro escondite, o abandonarlo sin detonarlo. Nada se había exteriorizado por el acusado antes de iniciar la colocación que permitiera aseverar que se iban a ocasionar destrozos con ese aparato explosivo, y por tanto, nada facultaba para apreciar un hecho delictivo diverso al de su mera tenencia.

Sólo una vez que el acusado coloca el artilugio explosivo en la oficina bancaria, se adiciona un nuevo hecho delictivo, que en parte se superpone con el anterior, y que constituye el inicio de la ejecución del delito de daños del art. 487 del Código Penal, ilícito que se perfecciona al explotar el artefacto y producir el deterioro material buscado, instante previo al cual la consumación del delito de tenencia ya había finalizado al desprenderse el acusado de ese objeto.

DÉCIMO OCTAVO: Que, frente a la tesis del recurrente, cabe recordar que el concurso aparente de leyes penales constituye en realidad un problema de interpretación de leyes ante casos concretos, que se produce porque el injusto contenido en un tipo aparece comprendido también en otro u otros tipos, que se encuentran entre sí en una relación particular, sea de especialidad, de consunción o de especialidad. Son hipótesis en las cuales un hecho delictivo, aparentemente, podría adecuarse en distintas figuras penales, pero que en realidad, atendida la naturaleza de su injusto, lo es en una sola de ellas, quedando las demás totalmente desplazadas (Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, T. II, p. 351).

Es de la esencia de esta institución, que una conducta pueda ser captada aparentemente por dos o más tipos penales.

DÉCIMO NOVENO: Que por tanto, estableciendo el fallo una pluralidad de hechos -o hechos delictivos-, cada uno de los cuales, con independencia del otro, es autosuficiente para dar vida a sendos tipos penales, cabe desestimar la existencia de un concurso aparente de leyes penales.

Resta sólo por despejar que el delito de daños realizado mediante la activación del artefacto explosivo que portaba el acusado, no puede considerarse un acto posterior copenado de este último injusto, como se explicará a continuación.

VIGÉSIMO: Que los denominados actos posteriores copenados -manifestación de la relación de consunción entre delitos-, genéricamente, son casos en los que la interpretación permite afirmar que la relación existente entre la realización del delito principal y el posterior constituye una unidad tal que la ley la considera alcanzada por la pena del primero (Bacigalupo, *ob. cit.*, pp. 574-575).

El criterio rector para resolver este dilema no puede ser otro que el mismo que está detrás de todo concurso aparente de leyes penales, esto es, el principio *ne bis in idem*, el que se vuelve operativo en estos casos al modo de una “prohibición de doble valoración”, para evitar que una misma circunstancia o aspecto del hecho o de los hechos objeto de juzgamiento tengan relevancia bajo más de una descripción, y se contravenga así la prohibición de punición múltiple por un mismo hecho. En esta dimensión el principio *ne bis in idem* no representa más que una concreción de la prohibición de exceso que se deriva del principio general de proporcionalidad (Mañalich, *ob. cit.*, p. 142).

Empero, la prohibición de doble valoración no se ve quebrantada -como no lo ha sido en la especie-, si el reconocimiento de un auténtico concurso de delitos expresa adecuadamente, y de conformidad con la representación legislativa, la magnitud de desvalor correspondiente al hecho o a los hechos imputables a una determinada persona (Mañalich, *ob. cit.*, p. 143).

Así delimitados los alcances del principio *ne bis in idem*, se concluirá que el delito de tenencia de artefacto explosivo, así como fue formulado por el legislador, no recoge cabalmente la magnitud del desvalor del hecho delictivo correspondiente a los daños ocasionados con el uso del artefacto, ya que aquella figura, atendido su carácter formal y de peligro prescinde para la sanción del autor, de los fines y resultados de esa tenencia, como las muertes, lesiones o daños eventualmente producidos. Menos aún si en este caso particular, el delito de daños tuvo un resultado objetivamente importante, pues los destrozos tuvieron un costo de reparación de \$8.613.458, lo que obsta para estimar este resultado como cubierto por el desvalor ya sancionado por la mera tenencia del artefacto explosivo. Estos delitos de tenencia y de daños tienen contenidos de ilicitud recíprocamente independientes, por lo que para captar en plenitud el desvalor de ambos materializado en los acontecimientos fijados en el fallo, se ha debido aplicar y sancionar con todas las figuras concurrentes, pues de otro modo se dejaría fuera de la sentencia condenatoria el contenido de injusto del delito de daños perpetrado, sin expresar el reproche correspondiente.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que siendo dos hechos y sendos delitos, los perpetrados, uno como medio necesario para cometer el otro, se presenta el denominado concurso ideal impropio o concurso medial, del art. 75 del Código Penal, conforme al cual la pena a imponer es la mayor asignada al delito más grave,

esto es, presidio mayor en su grado mínimo, correspondiente al delito de la Ley N°17.798.

Optando los sentenciadores por la acumulación material de penas del art. 74 del Código Penal, que los llevó a sancionar al acusado con una pena total de 5 años y 300 días de privación de libertad, se han ajustado al marco legal correspondiente a los hechos y derecho aplicable en esta causa.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que el segundo motivo de la causal subsidiaria del recurso de nulidad, radica en la errónea determinación de la pena dentro del grado resultante, conforme a los parámetros del art. 69 del Código Penal, en cada uno los delitos concurrentes.

Para el delito de tenencia de artefacto explosivo, el Tribunal, dentro del grado aplicable, impuso la sanción en su máxima cuantía, esto es, 5 años de presidio, por “haber dispuesto del explosivo, esto es haber procedido a su detonación, aunque ésta hubiere sido adelantada accidentalmente, agrega un plus de desvalor a la conducta sancionada en la ley de control de armas y explosivos, que permite recorrer el total del margen punitivo incluso en los casos en que dichos ingenios no sean detonados.”

Así, lo que lleva a los sentenciadores a fijar la pena en su máximo, a diferencia de lo que cree el recurrente, no es la causación de daños, sino el haber detonado el artefacto explosivo, pues bien aclaran los falladores que el delito se sanciona igualmente

y con la misma pena si el dispositivo no es activado. De ese modo, el mayor desvalor no está en la producción de daños en la propiedad de un tercero, sino en que el acusado da al artefacto el uso para el que fue construido y lo hace explotar, es decir, concreta el riesgo que la ley quiere evitar al prohibir su porte y tenencia, con independencia si al hacerlo causa o no daños a la propiedad o afecta o no la vida o salud de otros. Parece indiscutible que una y otra conducta ameritan sanciones disímiles, de manera que el razonamiento de los sentenciadores podrá compartirse o no, pero se ha efectuado dentro de los márgenes que permite la ley, y basándose en los propios elementos que ésta le entrega para resolver.

Por otra parte, no parece desacertado que ya habiendo utilizado los sentenciadores la mitigante de irreprochable conducta anterior para no aplicar la pena asignada a este delito en su grado máximo, ésta, haya tenido un menor peso frente a la circunstancia de la detonación recién comentada, al fijar la pena dentro del grado restante.

En lo que se refiere al delito de daños, el Tribunal de la instancia opta primero por la pena de reclusión, desechando la multa, apoyándose en “la naturaleza del medio empleado para provocarlos, siendo tal un artefacto explosivo que aunque casero y de escaso poder, fue no solo suficiente para provocar los perjuicios acreditados, sino que además incrementó el plus de desvalor para el fin buscado, por cuanto siempre

es un riesgo que el daño que razonablemente se desea provocar, pueda ampliarse a terceros ajenos”.

En esta parte, cabe recordar que el legislador no entrega criterios o pautas al órgano jurisdiccional para orientar la elección entre las penas alternativas de reclusión y de multa que se contemplan en el art. 487 del Código Penal, de manera que los factores a los que atendieron los sentenciadores para justificar la pena de reclusión, esto es, a la peligrosidad que implica el tipo de artefacto explosivo utilizado, el que torna sumamente incierta la magnitud del mal que se puede ocasionar, no resulta un método reprobable, como contrario a derecho, para estos efectos.

Y finalmente, respecto de la pena de trescientos días de reclusión que adjudican los sentenciadores por el delito de daños, si bien la sentencia no manifiesta las razones para optar por el máximo en el marco penal precedente, esa omisión en todo caso no parece sustancial si de los hechos asentados en la sentencia, resulta patente la magnitud de los destrozos ocasionados, y lo costoso de su reparación, factores que bastarían para justificar tal resolución. Por otro lado, ya habiéndose utilizado la única mitigante reconocida para no aplicar la pena en su *máximum*, no debe llamar la atención que el peso relativo de esta circunstancia en la especificación de la pena haya sido menor frente a lo cuantioso de los destrozos ocasionados.

En todo caso, lo que se reclama en esta parte no dice ya relación con la errónea aplicación del derecho, sino con la omisión de las razones legales o doctrinales que sirvieron para fundar el fallo en este asunto, cuestión que es propia de un motivo absoluto de nulidad, el que no fue invocado por el recurrente.

VIGÉSIMO TERCERO: Que por todo lo que se ha expuesto y razonado, esta Corte concluye que no se ha producido ninguna infracción sustancial a derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, ni tampoco se ha hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, razones por las cuales el recurso intentado, tanto en su causal principal como subsidiaria, deberá ser desestimado.

Por estas consideraciones y de acuerdo además, a lo dispuesto en los artículos 360, 373, 375, 376 y

384 del Código Procesal Penal, se resuelve que **SE RECHAZA** el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado Hans Niemeyer Salinas contra la sentencia de doce de julio de dos mil trece, cuya copia corre agregada a fs. 1 y siguientes de este legajo, en el proceso RUC N°1101243950-6, RIT N°45-2013, del Séptimo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, la que en consecuencia, **no es nula**.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del fallo a cargo del Ministro Sr. Lamberto Cisternas R.

Rol N°4883-13.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y Lamberto Cisternas R. No firma el Ministro Sr. Brito, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar con feriado legal.

DIVISIÓN DE ATENCIÓN
A VÍCTIMAS Y TESTIGOS

EL ENGAÑO Y EL APROVECHAMIENTO DE LA SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD DE LA VÍCTIMA EN EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS CON FINES DE EXPLOTACIÓN SEXUAL EN LA JURISPRUDENCIA

Ángela Chávez Torrico¹

I. Introducción

“La utilidad de los animales domesticados y la de los esclavos son poco más o menos del mismo género. Unos y otros nos ayudan con el auxilio de sus fuerzas corporales a satisfacer las necesidades de nuestra existencia”.

ARISTÓTELES, POLÍTICA, LIBRO I, CAPÍTULO II.

Hace más de dos mil años que Aristóteles analizó esta temática, y aún continúa plenamente vigente. El dominio de un ser humano sobre otro que lo cosifica se encuentra en la esencia de este fenómeno, que es la esclavitud, y que actualmente en sus nuevas formas constituye una de las actividades más rentables de una delincuencia organizada que traspasa las fronteras de los Estados y que utiliza los recursos que le ofrecen las modernas tecnologías, obteniendo grandes dividendos con ello. Por tal motivo los esfuerzos internacionales se han aunado para su combate a través de la celebración de tratados, convenciones, acuerdos de cooperación y otros instrumentos por parte de los Estados.

Esta institución milenaria que se remonta a la Edad Antigua pugna frontalmente con la actual concepción del ser humano, que nos muestra a un individuo que goza de atributos y derechos que emanan de su esencia, reconocidos en diversos instrumentos internacionales a los que la gran mayoría de los Estados han adherido acogiendo en su normativa interna, y en los que la libertad ocupa un lugar preponderante. Sin embargo, si bien los avances dicen relación con el reconocimiento de la ilegalidad y el repudio de cualquier práctica que implique un aprovechamiento de un individuo por otro a través de su sometimiento, fundado en la libertad y dignidad de la persona, nos encontramos lejos de celebrar su extinción.

La conceptualización de la esclavitud, o de la calidad de esclavo, se encuentra íntimamente ligada a la falta de libertad de un sujeto que está bajo el dominio de otro, lo cual le permite explotarlo en su provecho.

1 Abogada de la División de Atención a las Víctimas y Testigos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.

Este fenómeno de la esclavitud se ha adaptado en la actualidad a nuevas formas de someter a un sujeto al dominio de otro u otros, pero significando igualmente su reducción a la calidad de objeto con el fin de utilizarlo de manera abusiva para obtener un provecho económico de su explotación. Actualmente, una forma de su ejercicio está dada por la figura delictual denominada Trata de Personas, la que representa una forma de esclavitud moderna²⁻³.

La Trata de Personas es considerada un delito de lesa humanidad que afecta a millones de personas en el mundo y que constituye un “negocio” que reporta grandes ganancias a quienes se dedican a esta actividad ilícita, lo que incentiva e incrementa el interés de la delincuencia organizada, que día a día utiliza mecanismos más sofisticados para su perpetración. De esta manera, es necesario tener claridad que las características actuales de esta forma de esclavitud que es la Trata de Personas han variado, y hoy en día es una de las cadenas más fuertes que coartan la libertad de las personas, las que en muchos casos resultan invisibles, ya que se encuentran constituidas por elementos como la presión psicológica que se ejerce sobre las víctimas y las condiciones en que se encuentran al momento de su captación o de tomar decisiones, lo cual les impide manifestar una voluntad real o una aquiescencia verdadera.

Por lo anterior, la persecución por parte de los Estados debe ir avanzando no sólo en la adaptación de su normativa interna, sino también en la aplicación de ella conforme a la evolución del fenómeno, lo cual implica cambios en los operadores del sistema procesal penal.

II. Planteamiento del tema

Con fecha 8 de abril de 2011 se publica en nuestro país la ley N°20.507 *con el objeto de tipificar los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y*

- 2 “La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o de alguno de ellos. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle y en general todo acto de comercio o transporte de esclavos. Es uno de los fines principales de la trata de personas que, como se ha dicho, es “una forma de esclavitud moderna” porque literalmente las personas son sometidas a esclavitud por los tratantes y explotadores”. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas” Costa Rica, 2010 [en línea]. Disponible en: www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf [fecha de consulta: 29 de octubre de 2013].
- 3 En nuestro país, en la discusión de la ley N°20.507 en el Senado, se analizó este punto en los siguientes términos respecto a este delito “...contra las personas, pues la víctima resulta privada de libertad –o ésta se ve severamente limitada– para ser objeto de explotación, lo cual se considera una forma de “esclavitud” y una flagrante violación a los derechos humanos...” (Palabras del H. Senador Navarro, durante la discusión general en sala del Senado. Legislatura 356. Sesión 24, de fecha 04 de junio, 2008, p. 174 de la historia fidedigna de la ley N°20.507).

establecer normas para su prevención y más efectiva persecución penal, que introduce en el artículo 411 quáter del Código Penal,⁴ como un nuevo ilícito la trata de personas, manteniendo la figura de la promoción o facilitación a la prostitución tipificada hasta esa fecha en el artículo 367 bis⁵, que se deroga, en el artículo 411 ter del mismo Código⁶, pero en su figura simple, esto es, sin considerar las circunstancias calificantes de la primitiva norma. Asimismo, sanciona la asociación ilícita para cometer los delitos de Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes. También contempla normas relevantes en materia de protección a las víctimas y técnicas de investigación.

Con la dictación de esta normativa nuestro país da cumplimiento a compromisos contraídos internacionalmente al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, específicamente el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente Mujeres y Niños, que tiene el carácter de complementario de la Convención.

4 Artículo 411 quáter. El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra capte, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito.

5 Art. 367 bis.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida de personas del país para que éstas ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de veinte a treinta unidades tributarias mensuales.

Sin embargo, se impondrán las penas señaladas en el inciso segundo del artículo anterior en los siguientes casos:

- 1.- Si la víctima es menor de edad.
- 2.- Si se ejerce violencia o intimidación.
- 3.- Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza.
- 4.- Si el autor fuere ascendiente, descendiente, cónyuge, conviviente, hermano, tutor, curador o encargado del cuidado personal de la víctima.
- 5.- Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.
- 6.- Si existe habitualidad en la conducta del agente.

6 Art. 411 ter.- El que promoviere o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales.

Este acto constituye un inconmensurable avance en la materia debido a la escasa y controvertida regulación existente en Chile a la fecha de la dictación de la citada ley. El derogado artículo 367 bis del Código Penal sólo sancionaba a quien promovía o facilitaba el ingreso o salida de personas de nuestro país con la finalidad de que ejercieran la prostitución, dejando sin sanción aquellos casos en los cuales se trasladaba personas dentro de las fronteras de nuestro país, como asimismo, aquellos casos cuya finalidad era la explotación laboral o extracción de órganos, lo cual nos situaba muy lejos de los estándares establecidos por la comunidad internacional.

Lo anterior también redundaba en que la falta de tipificación dejaba sin la posibilidad de brindar protección y asistencia a gran cantidad de sujetos que eran explotados sexual y laboralmente por no encontrarse sancionada dicha conducta en un tipo penal.

La nueva nomenclatura adoptada por la ley N°20.507, ajustada a los actuales patrones exigibles internacionalmente al configurar un tipo penal que considera la explotación sexual, la explotación laboral y la extracción de órganos (artículo 411 quáter), tiene como resultado ampliar la persecución a conductas que hasta la fecha quedaban impunes, o bien, debían ser enmarcadas en otros tipos penales cuando ello era posible.

Si bien ha sido relevante la generación de la nueva ley, no lo ha sido menos la aplicación que de ella han realizado nuestros tribunales de justicia cuando ya han transcurrido dos años y medio desde su entrada en vigencia. Esta legislación contempla siete acciones mediante las cuales se puede llevar a efecto la conducta punible, sin embargo dos de aquéllas son las que han suscitado mayor interés por su concurrencia en los casos que han conocido nuestros Tribunales Orales en lo Penal. Específicamente, merecen nuestra atención aquellas sentencias ejecutoriadas emanadas de dichos órganos, en las que han sido considerados, ya sea, para condenar o absolver los medios comisivos, engaño y aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, del artículo 411 quáter.

Por otra parte, debido a que el artículo 367 bis derogado, contemplaba circunstancias que agravaban la conducta delictiva y que resultan aplicables a aquellos hechos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la ley N°20.507, cuyos números 3 y 5 guardan similitud con los medios comisivos indicados, también han sido objeto de interpretación por estos tribunales. Los números 3 y 5 refieren, respectivamente “*Si el agente actúa mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza*” y “*Si el agente se vale del estado de desamparo económico de la víctima.*”.

Conocer la interpretación que le han ido dando los tribunales al momento de la aplicación de estas norma para la configuración de los elementos del tipo penal y la participación de los acusados, constituye el objeto de este breve trabajo que nos permitirá visualizar los énfasis que se requiere dar a deter-

minados medios probatorios a fin que los tribunales puedan adquirir plena convicción sobre la ocurrencia del hecho punible y la participación de los imputados, considerando que estamos ante un tipo penal nuevo.

Lo anterior tiene significación al momento de establecer los tribunales el rol que tiene el consentimiento de la víctima en los hechos, considerándose que un consentimiento no viciado resulta incompatible con tales medios comisivos. Sobre este punto el párrafo *b)* del artículo 3 del Protocolo contra la Trata de Personas dispone que: “*El consentimiento dado por la víctima de trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado;*” de esta manera ese consentimiento no es válido y no puede servir para absolver a una persona de su responsabilidad penal.

A la fecha existen cinco causas seguidas por este delito que han sido resueltas a través de un Juicio Oral, dos de las cuales aún no se encuentran ejecutoriadas, por lo cual omitiremos su referencia debido a que su resultado se encuentra condicionado a lo que resuelva la Corte de Apelaciones. Cabe señalar que existe sólo una condena ejecutoriada fundada en el artículo 411 quáter y las restantes en el artículo 411 ter e incluso en el 367 bis⁷.

En las referidas sentencias el análisis específicamente de los medios comisivos, han sido determinantes para absolver o condenar. Existen otras causas en procedimiento abreviado, que para este trabajo no han sido consideradas.

III. El “engaño”

El Diccionario de la Real Academia Española define “*engañar*” como “Dar a la mentira apariencia de verdad” o “Inducir a alguien a tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas”.

Por su parte, el Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas, Oficina de la Naciones Unidas contra la Droga y el Delito señala en su Glosario que: “*Engaño: se refiere a crear hechos total o parcialmente falsos para hacer creer a una persona algo que no es cierto. En la trata de personas se refiere a la etapa de reclutamiento donde el tratante establece un mecanismo de acercamiento directo o indirecto con la víctima para lograr el “enganche” o aceptación de la propuesta. Esencialmente se traduce en ofertas de trabajo, noviazgo, matrimonio y en general una mejor condición de vida. De igual forma, el engaño es utilizado por el tratante para mantener a la víctima bajo su control durante la fase de traslado y posteriormente en los lugares de explotación. La normativa penal ha incorporado*

⁷ Con fecha 24 de octubre de 2013, el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago dictó, por mayoría de votos, veredicto condenatorio en causa RUC N°1200922694-8, RIT N°293-2013 seguida por el delito de Trata de Personas contra G.M.B. y otros, la que aún no se encuentra ejecutoriada.

*este concepto en los tipos que sancionan la trata como parte integral del tipo base o de alguna de las agravaciones. Este es uno de los aspectos más importantes para lograr que una víctima no sea culpada por delitos que haya cometido durante el proceso de trata al que fue sometida.*⁸

En nuestra legislación el engaño forma parte del tipo base a diferencia de lo que ocurría en el artículo 367 bis que al concurrir, constituía una agravante de la figura simple o base.

En el engaño los tratantes, especialmente en la captación, le presentan a la víctima una situación favorable a sus intereses a sabiendas que ello no es real, a fin de lograr que consienta en lo propuesto, y así poder concretar la explotación, por ejemplo: darle a conocer la existencia de ofertas de trabajos muy bien remunerados a los que podrá acceder fácilmente si se traslada a determinados lugares o países, ya sea, como modelo, como garzona, etc., conociendo que ello no es realizable. El engaño puede ser parcial, no necesariamente todo lo que han prometido debe ser una mentira, por ejemplo, puede ser que la víctima tenga conocimiento de que su trabajo en el lugar de destino será la prostitución, porque así se lo han señalado, sin embargo el engaño puede darse en las condiciones de ejercicio de la actividad, los pagos que percibirán, etc., lo que puede ser constitutivo de explotación. Por otra parte, no es requisito que el engaño se prolongue en todas las fases de la trata, por ejemplo, puede estar presente en la captación y con posterioridad los tratantes recurrir a acciones comitivas, como la coacción o el aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad.

IV. “Situación de vulnerabilidad”

Vulnerable es quien “...puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”. (Diccionario RAE). La vulnerabilidad está dada por un conjunto de condiciones que permiten que un sujeto pueda ser objetivo fácil para los tratantes. Estas condiciones se pueden presentar tanto en el lugar de captación como de destino y corresponde que sean revisadas caso a caso, como por ejemplo: edad, pobreza, analfabetismo, personalidad de la víctima, entorno familiar, etc.; factores que analizados en conjunto permiten establecer si pudo o no prestar su consentimiento libremente en cualquiera de los momentos por los que avanza la comisión del delito.

El Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas, ya individualizado, dispone sobre la *situación de vulnerabilidad*, que: “este concepto se basa en dos presupuestos básicos: i) que la víctima no tenga capacidad para comprender el

8 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, “Manual sobre la Investigación del Delito de Trata de Personas” Costa Rica, 2010 [en línea]. Disponible en www.unodc.org/documents/human-trafficking/AUTO_APRENDIZAJE.pdf [fecha de consulta: 29 de octubre de 2013].

significado del hecho (persona menor de edad, incapaz) y ii) que la víctima no tenga capacidad para resistirlo (discapacitado, estado de necesidad económica, bajo nivel cultural, sometido o sometida a engaño, coerción o violencia). La situación de vulnerabilidad de la víctima es un medio utilizado por el tratante para el acercamiento y control y se incluye en el tipo penal base o como uno de los agravantes del delito”⁹.

En nuestra legislación el o la menor de edad no requiere de la concurrencia de un medio comisivo para la tipificación de la conducta punible, bastando con esa sola circunstancia, ya que jamás podrá prestar un consentimiento válido. En el derogado artículo 367 bis constituía una circunstancia agravante.

Cabe señalar además, que la situación de vulnerabilidad de una víctima es un concepto que comprende diversos factores, uno de los cuales puede ser el desamparo económico en que se encuentra una persona, y que la sitúa en un plano de debilidad que puede ser fácilmente utilizado por los tratantes.

V. El consentimiento de la víctima

El artículo 411 quáter establece para la concreción de este delito la utilización de alguno de los medios de comisión que señala para llevar a cabo la conducta típica, algunos de ellos por su naturaleza excluyen la posibilidad de que exista algún tipo de consentimiento, es el caso del ejercicio de violencia o de intimidación sobre la víctima; en cambio cuando se ha utilizado el engaño o el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, la víctima puede haber manifestado un consentimiento, pero éste está viciado, por lo cual no tiene valor para eximir de responsabilidad al autor. Por ello, el establecimiento de dichos medios comisivos cuando se presentan adquieren gran relevancia para evitar que estos hechos delictivos queden en la impunidad.

Sobre este punto resulta relevante lo dispuesto por el Manual de Investigación del delito de Trata de Personas, ya indicado, que señala: **“Consentimiento:** *en el delito de trata de personas, el consentimiento de la víctima a los requerimientos del tratante no es relevante. La trata se basa en abuso de poder. Este fenómeno se manifiesta en las diferentes formas de violencia que utiliza el tratante para reclutar y controlar a las víctimas hasta el momento en que son entregadas a los explotadores. La mayor parte de las víctimas tienen una historia anterior de abuso u otras formas de violencia y/o son literalmente engañadas utilizando situaciones de vulnerabilidad como la pobreza, bajo nivel educativo y estados de incapacidad. Uno de los factores que favorece el acercamiento del tratante es su relación de poder o confianza con la víctima. Puede tratarse de sus padres, hermanos, tíos, abuelos, entre otros o personas cercanas del trabajo, el centro de estudio o el vecindario. En el caso de las personas menores de edad son sus representantes legales quienes usual-*

9 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, ob. cit.

mente son abordados por los tratantes para tener acceso al niño, niña o adolescente. El consentimiento de la víctima no se toma en cuenta en ninguna de las fases de la trata de personas, ya sea reclutamiento, traslado o explotación. En todas ellas persisten los factores de intimidación, manipulación o fuerza. En la práctica jurídica, algunos países han considerado en sus legislaciones sobre trata de personas que la víctima mayor de edad que consiente en la actividad de trata sin que medie engaño, coerción, amenaza o fuerza no es víctima y por lo tanto no hay delito. Esta es una tendencia que está desapareciendo rápidamente ante la consideración de que la víctima no consiente libremente en ser explotada¹⁰.

La voluntad de la víctima del delito de Trata de Personas en algunas legislaciones, como la nuestra, requiere que no exista un medio comisivo para que no tenga valor, es decir, concurriendo uno de ellos produce el efecto de viciar el consentimiento otorgado. En otras legislaciones, como el caso argentino, no requieren de medio comisivo alguno, basta con que se haya acreditado alguna de las acciones del tipo penal con la finalidad de explotación para que se configure el delito de Trata de Personas.

VI. Sentencias en causas sobre trata de personas con fines de explotación sexual, dictadas desde la vigencia de la ley N°20.507

A continuación, se realizará un breve análisis de los fallos y los elementos que nuestros tribunales en el contexto de un juicio oral han considerado ya sea para dar por acreditados o no los medios comisivos establecidos en el artículo 411 quáter del Código Penal, específicamente el engaño y abuso de una situación de vulnerabilidad de la víctima, y los números 3 y 5 del artículo 367 bis derogado, esto es, el engaño y el aprovechamiento de su desamparo económico, ya que aún tienen aplicación para los hechos acaecidos en su época de vigencia.

1. C/Gregoria Manzueta y otros

En este primer fallo, de fecha 7 de septiembre de 2012, el Cuarto Tribunal Oral de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, en causa seguida por el delito de Asociación Ilícita y Trata de Personas con fines de explotación sexual (RUC N°1100440193-1, RIT N°199-2012), dicta sentencia condenatoria en contra de las cuatro acusadas, por los delitos señalados.

Los hechos establecidos en la sentencia dan cuenta de la existencia de una organización que desde abril de 2010 hasta mayo de 2011 se dedicó a la trata de personas, facilitando su ingreso a nuestro país: “...engañándolas, aprovechando su desamparo económico y situación de vulnerabilidad en que se encontraban...”

10 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, ob. cit.

(Considerando Noveno), trasladándolas desde República Dominicana con la finalidad de explotarlas sexualmente. En base a ello se da por acreditado el delito de Asociación Ilícita y la participación de las acusadas. En este Considerando se hace referencia a los dos medios comisivos indicados e incluso distingue entre el desamparo económico y la situación de vulnerabilidad.

Asimismo, dio por acreditado el delito de Trata de Personas tipificado en el artículo 411 quáter del Código Penal, en contra de dos víctimas de nacionalidad dominicana, absolviendo respecto de una tercera por no haberse acreditado, en concepto de tribunal, las calificantes o medios de comisión al no contar con el testimonio de la víctima o alguna prueba del engaño o desamparo económico o situación de vulnerabilidad.

Respecto de la primera de las víctimas se dan todas las conductas que contempla el tipo penal: captar, trasladar, acoger y recibir. Su captación tiene lugar en República Dominicana, se le otorgan todas las facilidades para que pueda ingresar a Chile, a su llegada se realiza su traslado a un lugar nocturno en Concepción para que ejerza la prostitución.

El engaño y el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de las víctimas son los medios comisivos utilizados por las tratantes para lograr su objetivo. El Considerando Undécimo refiere estas acciones:

“En cuanto a los medios comisivos que le dan el carácter de calificado a este tipo penal, en este hecho son el engaño y el aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad.

En cuanto al engaño están los dichos de la propia víctima de iniciales Y.E.O., quien refirió que le dijeron que iba a trabajar como garzona sirviendo tragos o en turismo, versión que en el caso particular iba cumplir la finalidad de crearle una falsa expectativa de los hechos, por cuanto el ofrecimiento de trabajo efectuado para captarla fue realizada por una persona de confianza para ella, a saber, la tía de su ex pareja, hecho no menor, al decir de las sicólogas Muñoz y Camplá, puesto que representa un factor que no le daba motivos para cuestionar lo que le decían, unido al hecho de no tener arraigo ni pertenencia y su situación económica como sostenedora de su familia, la convertía en una persona vulnerable. Engaño que cobra relevancia al momento de la reclutación, es decir, cuando es captada por el tratante, en este caso por Ubiera, en quien confía, se aprovecha que la víctima de iniciales Y.E.O., requiere trabajo y le ofrece lo que necesita para que enganche con ella y viaje. Además, que tratándose de una migrante, que abandona a su familia de origen, llega a un país lejos de su tierra, ciudad, familia y recursos sociales lo que hace que se encuentre en estado vulnerabilidad, y sea una víctima ideal para organizaciones ilícitas que buscan aprovecharse de su desprotección para solucionar su situación, siendo manejada por aquellas, sin oposición por la indefensión que se encuentra una persona en esas condiciones. Todos estos elementos permiten configurar un perfil de vulnerabilidad de la evaluada respecto del delito que se investiga. Lo cual significó

que Y.E.O. debió ejercer la prostitución, por el estado de necesidad económica en que se encontraba.

El engaño en este caso consistió en hacerle creer por parte de las tratantes que en Chile iba a trabajar como garzona o en turismo siendo que siempre tuvieron en vista la explotación sexual de la víctima.

Es posible apreciar que en la sentencia se realiza una directa relación entre el engaño y el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima la que en definitiva se identifica con el estado de necesidad económica en que encontraba. El engaño lo pueden llevar a cabo por las condiciones de vida y la situación personal de la víctima. Así es posible apreciar en el párrafo del mismo Considerando que a continuación señala:

*“Tanto el dolo como el citado elemento subjetivo fue acreditado respecto de las acusadas Ubiera y Manzueta, por cuanto la primera engaña a la víctima para que viniera a Chile, en conocimiento de las condiciones de trabajo que aquí imperaban, porque ella misma lo vivió, sin embargo le **crea falsas expectativas respecto de trabajos en turismo para que realice el viaje, con la finalidad que una vez aquí pueda ser explotada sexualmente**, ardid efectuado para que ella consintiera en realizar una labor que no le generará realmente beneficio sino que en los hechos se lo generará al tratante, siendo en este caso lo que sucedió. En cuanto a Manzueta, ella también estaba en conocimiento que vendría esta víctima e incluso facilitó dinero para que aquello se realizara, con la convicción de explotarla sexualmente y obtener lucro, pues cuando llega la lleva a prostituirse...”* (destacado agregado por la autora).

Al crearle las “falsas expectativas” opera el engaño, ya que cuando llegue a nuestro país, la tratante sabe de antemano que no encontrará las condiciones para que realice el trabajo de turismo que esperaba la víctima, y en ese contexto, sola y sin dinero se encontrará más vulnerable y necesariamente tendrá que acceder a la explotación, es decir, consentirá pero abrumada por las circunstancias creadas para ello, esto es, sin real libertad para decidir.

De esta manera, el engaño está en la base de la captación al contactarse con ella su captora en conocimiento de su situación personal, familiar y económica para presentarle la posibilidad de un cambio a través de la realización de un trabajo digno y bien remunerado, específicamente como garzona o en turismo, sin mencionarle en ningún caso la prostitución. Además, el ofrecimiento lo efectúa una persona de la confianza de ella, tía de una ex pareja. Es decir, también hay un abuso de confianza que contribuye a la efectiva y eficaz materialización del engaño utilizado por las tratantes.

En cuanto al aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima por parte de los tratantes, esta condición se encuentra constituida fundamentalmente por las precarias condiciones económicas en las que vive la víctima

en República Dominicana, lo que tenía especial peso para ella en su carácter de sostenedora del hogar, lo cual era de conocimiento de sus captores, dada su cercanía con ellos. Ya en Chile su condición se agrava, no se cumplen sus expectativas, se encuentra lejos de su hogar y de su patria, lo cual la coloca en una situación de debilidad que es fácilmente aprovechada por las condenadas. Así, es posible apreciar que este medio comisivo, el aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad, está presente en su captación pero también durante su recepción y acogimiento en nuestro país.

La segunda víctima es contactada en Santiago cuando se encontraba realizando trámites en el Departamento de Extranjería, allí es abordada por las acusadas, luego reclutada y trasladada a la ciudad de San Antonio, al cabaret “El Sol”, donde debió ejercer la prostitución. El Considerando décimo tercero se refiere a ello:

“En cuanto al engaño están los dichos de la propia víctima al indicar que iba a trabajar como garzona, sirviendo tragos, versión que en el caso particular iba cumplir la finalidad de crearle una falsa expectativa de los hechos, pues al ser evaluada por la sicóloga Navarro señaló que se trata de una persona con un funcionamiento psicológico, en general, por debajo de lo esperado, particularmente en el área cognitiva y la evaluada presenta un tipo de pensamiento muy concreto, con dificultad de comprensión y una descendida capacidad de reflexión y análisis, por lo que cabe estimar que el engaño en la misma era fácil de construir, el que cobra relevancia al momento de la reclutación, es decir, cuando es captada por el tratante, en este caso Gregoria Manzueta, se aprovecha que la víctima requiere trabajo y le ofrece lo que necesita para que enganche con ella.

En cuanto a la situación de vulnerabilidad, se encuentra establecida, en especial con lo indicado por la perito Navarro al señalar que “a nivel personal destaca, en primer lugar, variables de personalidad relacionadas a lo ya descrito que tienen que ver con su baja asertividad y tendencia a la sumisión y a la pasividad en relación con los otros, también se incluye el déficit cognitivo importante que ella presenta, así como el antecedente de baja escolarización. A nivel social, se consideran los elementos de pobreza y de falta de oportunidades en general en su situación de origen y que se expresan en el momento actual, una vez que llega a Chile como una necesidad imperiosa de resolver una situación económica, necesidad de trabajo concretamente, con la finalidad de mantener y sostener a su familia, particularmente sus cuatro hijos. A esto se suma, la ausencia de redes sociales de apoyo en Chile, particularmente de redes de contención, así como el desconocimiento de las costumbres, la cultura y la normativa chilena, en especial en cuanto a sus derechos como inmigrante. Todos estos elementos permiten configurar un perfil de vulnerabilidad de la evaluada respecto del delito que se investiga.”

Todo lo cual significó que M.P.F. no pudo resistirse, como ella misma dijo, a ejercer la prostitución, por el estado de necesidad económica en que se encontraba y que fue graficado por la perito indicada, todo lo que genera un desamparo de la víctima al

encontrarse en un país desconocido. Además, que tratándose M.P.F de una migrante, que abandonó a su familia de origen, llegando a un país lejano, produciéndose un desarraigo familiar y social, que la hace encontrarse en un estado de vulnerabilidad, situación que Manzueta y Arancibia utilizaron y se aprovecharon. Y en cuanto a Fuenzalida la forma de comisión utilizada dice relación con el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima de iniciales M.P.F., lo que se vio reflejado en la circunstancia de permitir el encierro por parte de la persona que estaba a cargo del lugar.

El fallo da por establecido que el engaño consistió en crearle una situación de irrealidad al momento de ser reclutada ofreciéndole un trabajo como garzona a la víctima, que le daba solución a sus problemas, pero además el fallo considera “el bajo nivel cognitivo de la víctima”, indicando que en el caso concreto dada esa condición personal de ésta, para ella era creíble lo que le estaban proponiendo, aún cuando en el caso de otra persona no hubiera sido aceptable. Es importante esta consideración que hace el fallo a las circunstancias particulares de la víctima, y que son estas circunstancias respecto de esta víctima las que le permiten estimar que el engaño en ella era fácil de construir.

También en este caso existe una relación directa entre el engaño y el aprovechamiento de su situación de vulnerabilidad, ya que, el engaño sólo era posible dadas las condiciones particulares de la víctima como las circunstancias cognitiva y de personalidad relativas a la “*tendencia a la sumisión*”, las que la hacían especialmente vulnerable, a lo cual se sumaba la precaria situación económica en la que se encontraba, ausencia de apoyo, desconocimiento de las costumbres, la cultura y la normativa.

Con respecto a la prueba de estos elementos comisivos, en el Considerando Noveno se puede observar que la declaración de las víctimas adquiere gran fuerza, ya que el tribunal los da por acreditado haciendo especial referencia al relato de ambas, señalando el efecto que produjo en sus integrantes dicho relato, utilizando frases como: “...*más que entregar su testimonio ante el Tribunal reeditó lo vivido*,”; “...*impresionó a estos magistrados su coherencia tanto interna como externa, quien aún al declarar respecto de lo vivido se emocionó*...”

La prueba pericial realizada por dos psicólogas también tiene una consideración especial, y a juicio del tribunal “...*dieron cuenta que el engaño y factores de vulnerabilidad respecto de las víctimas Y.E.O y M.P.F. fueron reales*”.

2. C/Amelfi Mota y otros

La segunda sentencia de fecha 13 de diciembre de 2012, al igual que la primera corresponde al Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, recaída en causa RUC N°1001114184-1, RIT N°287- 2012 por los delitos de Asociación Ilícita, Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes.

En este segundo fallo pronunciado desde la dictación de la ley 20.507, el tribunal da por acreditada la existencia del delito de Asociación Ilícita con fines de Tráfico Ilícito de Migrantes. Se establece que esta Asociación tenía por objeto captar y trasladar a personas desde República Dominicana hasta nuestro país con la finalidad de obtener un beneficio económico. Se rechaza la acusación respecto del delito de Asociación Ilícita para la Trata de Personas.

Asimismo, se dio por acreditado el delito de Tráfico Ilícito de Migrantes, estimando que las conductas de los acusados estuvieron encaminadas a promover y facilitar la entrada ilegal a Chile de dos personas de nacionalidad dominicana, toda vez que ejecutaron actos tendientes a ese objeto, como indicarles que debían a obtener el pasaporte, les compraban los pasajes porque no sabían cómo hacerlo, les aleccionaban pormenorizadamente sobre la vestimenta, el comportamiento, etc.

Respecto del delito de trata de personas, la Fiscalía presentó acusación por dos delitos del artículo 367 bis N^os. 3 y 5 del Código Penal (delitos cometidos con anterioridad a la nueva ley), y acusó por un delito de Trata de Personas del artículo 411 quater del Código Penal.

a. **Caso del artículo 367 bis del Código Penal.** Esta norma que sancionaba la promoción o facilitación de la entrada o salida de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero (actual Art. 411 ter en su figura simple), como ya se expresó, contemplaba figuras calificadas, invocándose por la Fiscalía las correspondientes a los números 3 y 5, referidas a la actuación del agente mediante engaño o con abuso de autoridad o confianza, o valiéndose del desamparo económico de la víctima.

a.1. El Engaño. El tribunal absuelve a los acusados por este delito debido a que estimó que **no se dio por acreditado que el engaño** utilizado tuviera como única finalidad la prostitución, a lo cual se refiere en el Considerando Undécimo en los siguientes términos:

“Al efecto las víctimas A.S.D.U. y R.Y.S., mencionadas en el segundo y cuarto hecho de la acusación, señalaron que Amelfi Mota para que viajaran a Chile les dijo que aquí se ganaba bien, de 1.000 a 2.000 dólares mensuales, por trabajar en casa particular, o en un restaurante, aspecto que las llevó a tomar la decisión de venirse a esta tierra en busca de mejores horizontes económicos, ayudándolas Yasmil Hernández en la compra de los pasajes.

*Esta circunstancia de ofrecer a ambas ciudadanas dominicanas sueldos que no eran reales, mejores expectativas de vida económica, la utilizaban tales personas con todos los connacionales para convencerlos que se vinieran al país, según se estableció en el delito de tráfico ilícito de migrantes, pero **no era un engaño que tuviera como única finalidad el que se prostituyeran**, pues en el caso concreto de estas dos afectadas, cuando llegaron si bien se les propuso que podían ocuparse prostituyéndose,*

*R.Y.S. se negó a ello, consiguió trabajo como asesora de casa particular, obviamente con una remuneración inferior a la que se le había dicho, pero de todas formas a lo menos equivalente al doble de lo que ganaba en su patria en una labor similar, perdiendo total contacto desde ese momento con Amelfi Mota y Yasmil Hernández, de las que volvió a saber a raíz de la investigación de esta causa. Sostuvo que no fue obligada por Amelfi Mota a prostituirse, ni tampoco nadie la presionó para que pidiera el préstamo para viajar a este país, nadie le retuvo sus documentos. En tanto, A.S.D.U. también consiguió laborar en casa particular, pero la explotaban porque tenía un horario de 7 de la mañana hasta 3:00 de la madrugada, motivo por el que se retiró a los tres días, yéndose al departamento de Amelfi Mota, donde vivió con ella unos días, luego ésta la echó porque no conseguía trabajo, se fue a la plaza de armas, una amiga la llevó a trabajar a una pizzería, momento en el que conoció a Abel, también dominicano, con quien se fue a convivir en ese mismo momento, la ayudaba económicamente, porque en la pizzería estuvo solo unos días haciendo un reemplazo. Se decidió, y contra de la voluntad de Abel, llamó a Amelfi Mota, con quien ya no tenía contacto, para que le consiguiera trabajo como meretriz, porque sus hijos la llamaban vía telefónica que estaban pasando hambre, su padre había muerto y no tenían dinero para enterrarlo. Si bien A.S.D.U. tomó esta decisión por la situación que estaba viviendo, **Amelfi Mota jamás la tuvo bajo su control o dominación, ni sometida a su voluntad**, no la obligó a entregarle parte del dinero que ella ganaba, acciones propias de los tratantes para someter a los afectados.*

*De lo referido por ambas mujeres, **el engaño de que fueron objeto fue utilizado para traerlas hasta este país**, cobrándoles una suma de dinero en dólares por asegurarles el ingreso ilegal a Chile, lo que configura el delito de tráfico ilícito de migrantes, que a la fecha que ambas entraron a este Estado, 1 de enero de 2011 y 29 de marzo del mismo año, tal conducta no estaba tipificada en nuestra legislación interna como un injusto penal, no teniendo por ende sanción alguna. Sin perjuicio de lo expresado, si se entendiera que tal engaño fue la forma de “enganche” para someterlas luego al comercio sexual, **necesariamente tendría que haber tenido como único y exclusivo propósito la prostitución**, situación que en la especie no se configura, pues **ambas afectadas tuvieron la libertad de negarse a ello cuando Amelfi Mota se los propuso**, respetando ésta tal decisión, al punto que las llevó a una casa de acogida, lugar en el que habitualmente los extranjeros obtienen trabajo, consiguiendo ambas ser contratadas como asesoras de casa particular, sin embargo A.S.D.U. a los tres días lo dejó libremente porque estimó que la explotaban laboralmente con el horario.”*

En este caso, el tribunal reconoce la existencia del engaño. Efectivamente se les creó a las víctimas una expectativa de trabajo y de vida en Chile que sabían los acusados que no era real, es decir, se utilizó el engaño para determinar su voluntad de trasladarse al territorio nacional, con lo cual se habría configurando la circunstancia calificante del artículo 367 bis, sin embargo estimó que los hechos no dan cuenta de la exigencia del tipo penal relativa a la finalidad de prostitución aunque en el hecho ocurra, pero en concepto del tribunal,

se da en un contexto el ejercicio de la prostitución se da en un ámbito de libertad.

Ahora bien, se estima que en este caso la dificultad estuvo radicada en la posibilidad de probar que al momento de la facilitación o promoción la acusada tuvo en vista que se iban a prostituir como única finalidad de dicho traslado. Por ello, no se comparte aquella parte del fallo que estima que las víctimas pudieron negarse a ejercer la prostitución al llegar al país, debido a que el tipo penal no dispone que necesariamente deban ejercer la prostitución, basta con que se haya promovido o facilitado su traslado con tal objeto.

Por otra parte, cabe un breve análisis respecto a esa libertad o consentimiento de las víctimas al momento de recurrir a la prostitución una vez que llegan al país y a la cual se refiere la sentencia. Ellas perciben que la realidad es muy distinta a la que le habían descrito, se genera un contexto de vulnerabilidad ahora en el lugar de destino, lo que determinaba una alta probabilidad de que se prostituyeran, como les fue propuesto por la acusada. Así, al sostener el fallo que el engaño debió haber tenido como único propósito la prostitución, no considera que la tratante al ofrecerles el traslado a Chile con la expectativa de percibir altos ingresos, sabe que la prostitución será un camino altamente probable para ellas cuando se encuentren sin la posibilidad de generar ingresos, sin tener redes familiares o sociales a las cuales recurrir y además, apremiadas por tener que responder a los requerimientos de su familia en su país. Por ello, aunque reconociendo los problemas probatorios que se pueden presentar, es factible sostener que quien participa en el traslado de personas a un país extraño engañando a las víctimas respecto a las expectativas de trabajo e ingresos, y le ofrece prostituirse cuando llega al país de destino, no ha podido sino tener considerado que las circunstancias de vulnerabilidad que la afectarán, inducirá a dicha persona a prostituirse.

a.2. El estado de desamparo económico de las víctimas. En relación a esta segunda modalidad invocada en la acusación, respecto de la primera víctima, el sentenciador expresa en el mismo Considerando Undécimo que:

“Al efecto, se estableció fehacientemente en el juicio, que ambas mujeres provenían de una zona rural muy pobre de República Dominicana, no tenían dinero para el viaje por lo que A.S.D.U. hipotecó su casa y R.Y.S. pidió un préstamo al banco y otra parte a su familia, la primera, además, es analfabeta, pues a raíz de un accidente quedó con dolores de cabeza que le impidieron estudiar.

*Tales antecedentes de vulnerabilidad en el caso de A.S.D.U. fueron confirmados por la perito sicóloga Verónica Romo Fernández, cuya pericia fue validada por la experta homóloga Aurora Leiva Chacana. Explicó la primera profesional que fue detonante para que A.S.D.U. tomara la decisión de utilizar su cuerpo como medio de subsistencia, **el enterarse que su padre había fallecido, que lo mantenían en la morgue porque no tenían dinero para enterrarlo, que sus hijos estaban pasando***

hambre, recurriendo a Amelfi Mota que la envió a un edificio en calle Los Leones, donde hasta el momento de la pericia, 28 de septiembre de 2011, estaba ejerciendo el comercio sexual. Agregó esta perito que la afectada tiende a asumir roles pasivos frente a la vinculación con otros, esperando que otros la cuiden y protejan por sobre ella buscar soluciones en su vida. Este aspecto, es concordante con la situación que vivió, al dejar la casa particular en que estuvo tres días como asesora de hogar, porque sintió que la explotaban laboralmente, sin tratar de solucionar el problema de horario de trabajo que manifestó, luego se quedó en el departamento de Amelfi Mota sin indicar en qué lugares buscó trabajo durante esos días, por lo que ésta le dijo que se fuera, momento en que conoció a Abel yéndose a vivir con él, éste la mantiene hasta que ve que no es suficiente lo que él le da para mantener a su familia, y si bien es una situación límite, la misma no fue utilizada o aprovechada por Amelfi Mota para obligarla a prostituirse, pues una vez que la envió, a petición de A.S.D.U., al edificio ubicado en calle Los Leones, comuna de Providencia, no realizó ninguno de los actos que son propios en tales circunstancias de los tratantes, como es el quitarles sus documentos, privarla de su libertad ambulatoria encerrándola en un lugar en que la someten al comercio sexual, percibiendo los recursos económicos que ello genere, el tratante. Más aún, a diciembre de 2011 A.S.D.U. seguía ejerciendo la prostitución en ese mismo lugar, según lo afirmó en la declaración que prestó en esa fecha en el Juzgado de Garantía, período en el cual Amelfi Mota y los demás acusados estaban privados de libertad por esta causa desde hacía ya seis meses, teniendo la afectada a esa época su documentación al día.

De esta manera, no se visualiza de qué forma Amelfi Mota o los demás acusados podían estarse valiendo de su estado de desamparo económico, pues no basta que este factor exista, sino que objetivamente el tipo penal exige que el agente “se valga”, “se aproveche”, de ese desamparo económico para “someter” u “obligar”, a la tratada “a ejercer el comercio sexual”, lo que no se acreditó en el juicio”.

En esta parte el fallo se refiere a la situación de desamparo económico de la primera víctima, situación que al igual que el engaño no desconoce, esta víctima A.S.D.U. en el lugar de captación vivía en condiciones de pobreza, además era analfabeta y con problemas de salud. Esto permite sostener que la tratante se valió de su desamparo económico al momento de la captación, es decir se aprovechó de ello para inducirla a que se trasladará, precisamente son esas condiciones las que los tratantes buscan en sus víctimas, lo que además les facilita utilizar el engaño. No obstante, se disiente con el fallo en cuanto considera que debió existir el aprovechamiento de dicho desamparo al momento de consentir en ejercer la prostitución, ya que la norma señala que es al momento de promover o facilitar la entrada o salida del país, más aún podría no llegar a ejercer la prostitución. También se disiente respecto a la consideración referida a que las víctimas no estaban encerradas ni se les habían quitado los documentos, ya que este tipo penal no tiene una exigencia de esas características, y en todo caso, es dable sostener que esta víctima se encontraba con su voluntad coartada al momento de optar por la prostitución,

su padre había muerto, estaba sin enterrar, y sus hijos pasaban hambre. Necesitaba dinero y las condiciones la hacían altamente vulnerable.

La segunda víctima, RYS, también presentaba características de desamparo económico en República Dominicana, y la situación ya en Chile fue de alta vulnerabilidad. El fallo así lo da por establecido, sin perjuicio de rechazar la acusación por estimar que la víctima tuvo libertad para tomar la decisión de ejercer la prostitución, igual que en el caso de la primera. Los términos de la sentencia son las siguientes:

*En relación a la víctima R.Y.S., también su **situación de vulnerabilidad social y económica** fue constatada por la perito sicóloga Xaviera Camplá Bolívar, validando su informe la perito Carolina Navarro Medel. Indicó la primera profesional que R.Y.S., reporta una situación de impacto profundo al tomar conciencia de la situación en que se encontraba, a partir de su estadía en Chile **su situación es de altísima vulnerabilidad**, pues pidió préstamos, sus hijos no pueden acceder al seguro social, dos de ellos enfermaron teniendo que hospitalizarlos a costa de ella, además, le robaron su pasaporte. Al momento de la evaluación, septiembre, octubre y noviembre de 2011, estaba trabajando como asesora en casa particular, de 7:00 de la mañana a 10 de la noche. Indicó que **el daño que presenta no se vislumbra como superable en el tiempo, viene de los hechos vividos.***

El tribunal pudo apreciar en la declaración de R.Y.S. la afectación que le significó, al enterarse en la plaza de armas, por una tercera persona el mismo día que llegó, que Amelfi Mota se dedicaba a la prostitución, toda su persona denotaba lo que expresó en palabras, que el mundo se le derrumbó, sintió que iba cayendo, abatiéndose. Enfrentó a Amelfi Mota, le dijo que ella no venía a prostituirse, que quería un trabajo decente, Amelfi Mota la llevó ese mismo día a la casa del migrante, ubicada en Malaquías Concha, no volviendo a saber nunca más de ella, hasta que se inició la investigación de esta causa.

*Si bien la situación de vulnerabilidad económica es patente en la afectada, Amelfi Mota no se valió de tal estado para hacerla ejercer la prostitución, pues inmediatamente que R.Y.S. la encaró en términos que ella no se iba a prostituir, la llevó al hogar del migrante, lugar en el que la dejó, sin saber nunca más de ella. En tales circunstancias, y por censurable moralmente que aparezca la conducta de Amelfi Mota, la misma no es constitutiva del delito de trata de personas, porque no realizó ninguna de las acciones que la legislación, la jurisprudencia y la doctrina ha determinado como propias de los tratantes. Efectivamente, **no obligó a R.Y.S. a ejercer el comercio sexual, ni tampoco la mantuvo bajo su control o señorío con tal objetivo, a fin de obtener beneficios financieros o comerciales.***

Igual que en el caso de la víctima anterior, cabe destacar que el desamparo económico de la víctima se encuentra presente al momento de la captación y es allí cuando tiene lugar el abuso de dicha situación para convencerla de que se traslade. Sin duda tal desamparo y situación de vulnerabilidad se encuentra

también presente cuando llega a nuestro país y se le revela la realidad a la que se enfrenta, pero tal como ya se señaló, el tipo penal del 367 bis (ya derogado) no señala que el abuso de dicho desamparo deba ser necesariamente para obligar a la víctima a ejercer la prostitución, ésta podría estar de acuerdo en ejercerla porque lo que se castiga es facilitar o promover el ingreso o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución, y si para ello la engañó o se aprovechó de su desamparo económico sólo tiene el efecto de agravar la figura, que es lo que ocurre en este caso. Sin embargo el fallo no lo entiende así, más aún, desconoce que la libertad de la víctima era relativa, y aunque en definitiva no se prostituyó, la acusada en el hecho utilizó los medios para que ello ocurriera, sin perjuicio que en definitiva pudo resistirse, lo cual no exime a la acusada de que la captara a sabiendas de que la prostitución era lo único que podía satisfacer la expectativa que le ofrecía. Su vulnerabilidad económica estaba presente al momento de captarla y se valió de ella. Por ello, resulta más razonable aceptar que la absolución en este caso se debió a la falta de convicción respecto a que la finalidad de la promoción o facilitación para que las víctimas se trasladaran a nuestro país era necesariamente la prostitución, con todas las dudas que ya se plantearon al respecto.

b. **En el caso del artículo 411 quáter del Código Penal**, la fiscalía presentó acusación respecto de una víctima captada en República Dominicana y recibida en nuestro país, con la finalidad de explotarla sexualmente. Esta víctima fue enviada a trabajar a un bar en la ciudad de Caldera, lugar donde ejerció la prostitución.

El sentenciador estimó que sólo se acreditó el delito de tráfico ilícito de migrantes, desechando la acusación relativa al delito de Trata de Personas del artículo 411 quáter del Código Penal. La discusión se centró en la libertad que tuvo o no la víctima para ejercer la prostitución en ese lugar.

Al igual que en el caso anterior el tribunal estima que no se acreditó que la captación de la víctima fuese para someterla a explotación sexual, sino para ingresarla ilegalmente al país. Al respecto la sentencia en su considerando Duodécimo señala que:

*“Si bien no hubo captación con el objetivo de explotación sexual, **necesario es revisar la situación de ella en este país, sin redes de apoyo, lejos de su familia, sin un entorno protector, misma que también afectaba a A.S.D.U. y R.Y.S., en que podríamos entender hay desarraigo.***

Para esclarecer qué se entiende por “desarraigo” en el delito de trata de personas, una vez más se recurrirá al texto de la ONU, que señala que “la víctima es separada del lugar o medio donde se ha criado o habita y/o se cortan los vínculos afectivos que tiene con ellos, mediante el uso de la fuerza, la coacción o el engaño. El objetivo del desarraigo es evitar el contacto de la víctima con sus redes sociales de apoyo: familia, amistades, vecinos, a fin de provocar las condiciones de aislamiento que permiten

al tratante mantener control y explotarla. El desarraigo forma parte de la fase de captación de la trata pero se materializa en el traslado de la víctima al lugar de explotación. Cuando se llega al destino final la víctima es despojada, casi en todos los casos, de sus documentos de identidad y viaje y otras pertenencias que la ligen con su identidad y lazos familiares y afectivos. Lo usual es que se vea privada de su libertad desde ese momento pero en algunos casos se le permite comunicación con sus familiares o personas cercanas, incluso una visita ocasional pero bajo control total sobre lo que dice o hace de manera que no tenga oportunidad de comentar lo que le está pasando. Lo cierto es que los mecanismos de dominación mantienen el vínculo entre víctima y victimario. El desarraigo siempre se mantiene en situaciones de trata, incluso la víctima lo acepta como una medida de protección a sus mismos familiares y otras personas cercanas”.

En el sentido indicado, no se produjo desarraigo respecto de J.R.C., A.S.D.U. y R.Y.S. toda vez que ninguna de ellas, como consecuencia del engaño de tener un buen trabajo, de ganar una excelente remuneración en este Estado, se vio sometida a condiciones de aislamiento que las mantuvieran bajo el control y explotación de alguno de los acusados, por el contrario, todas ellas mantuvieron la absoluta libertad de desplazamiento y autonomía para decidir si trabajaban en el comercio sexual o no, pues siempre pudieron optar por un trabajo como asesora en casa particular o de garzona en un restaurante, sin que en ningún caso tuviesen que laborar bajo la dominación de cualquiera de los acusados, especialmente de Amelfi Mota, Yasmil Hernández y Sonia Burgos, que son las personas normalmente mencionadas.”.

La sentencia acepta que hubo engaño en la captación de la víctima y reconoce que su situación es precaria en nuestro país por encontrarse lejos de su familia y carecer de redes que le puedan dar protección, pero que pudo adoptar una decisión respecto a ejercer o no la prostitución por lo cual los medios comisivos no se configuraron para poder estimar que el ejercicio de la prostitución era producto de ellos. Los términos del mismo Considerando Duodécimo así lo expresan:

“Más aun, de todo lo dicho “no se ha demostrado” que en Santiago ni en parte alguna, los acusados realizaran conductas que puedan tipificar delitos de trata de personas, pues como se ha concluido “no se estableció” en esta causa que las mujeres fueran obligadas a ejercer el trabajo sexual, ni que se le hubiere coartado su libertad de desplazamiento manteniéndolas encerradas, o sin comunicación con sus familias, o quitándoles sus documentos, por el contrario, en este último aspecto la organización en algunos casos extendió contratos de trabajo para extranjeros con la finalidad que consiguieran la visa de residentes sujetos a contratos, específicamente en el caso de mujeres. En consecuencia, se absolverá a todos los encartados por cada uno de los delitos de trata de personas de que fueron acusados.”.

Cabe destacar que la libertad de desplazamiento de una víctima en muchos casos no implica que se encuentre en condiciones de hacer uso de ella para poder tomar la decisión de escapar de sus captores o no acceder a una pro-

puesta que constituya una explotación, ya que las condiciones de vulnerabilidad que deben ser apreciadas en cada caso, pueden constituir un obstáculo.

Es importante destacar que el fallo dio por establecido que los únicos beneficios económicos de los acusados fueron obtenidos de los cobros que realizaron a quienes ingresaron a Chile burlando el sistema migratorio, siendo insuficiente la prueba respecto al lucro obtenido del delito de Trata de Personas, dado que “...no es posible arribar al convencimiento que alguna de las personas sindicadas como víctimas haya sido “*sometida*”, “*obligada*” o “*constreñida*” a prostituirse, o que haya sido objeto de alguna forma de explotación sexual, por alguno de los acusados”.

Respecto a la alegación de la fiscal en relación a que en el artículo 411 quáter, el tipo penal no exige ni la retención de documentos, ni la privación de libertad, porque la finalidad de prostitución y de explotación tiene que ver con la cosificación de la persona, perdiendo así su libertad, transformándose en una víctima de explotación, no es considerada por el tribunal estimando que las víctimas siempre tuvieron la posibilidad de aceptar o rechazar el dedicarse al comercio sexual, por lo cual no se habría producido una cosificación.

3. C/ Cristian Pérez Vásquez

Esta tercera sentencia dictada con fecha 16 de enero de 2013 por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Arica, RUC N°1100580783-4, RIT N°340- 2012, por el delito de Trata de Personas, condenó a Cristián Pérez Vásquez como autor del delito de Trata de Personas tipificado en el artículo 411 ter del Código Penal.

En esta causa se estableció que el acusado, funcionario de la Policía de Investigaciones, aprovechando su cargo en control de frontera, facilitó la entrada al país a víctimas de nacionalidad peruana a través del paso fronterizo de Chacalluta, a fin que prestaran servicios de prostitución,

Importa destacar que la Fiscalía y el Consejo de Defensa del Estado acusaron por el artículo 411 quater del Código Penal, pero posteriormente se recalificó por el artículo 411 ter del mismo cuerpo normativo, a lo cual el fallo hace referencia en su parte resolutive en los siguientes términos:

“En la especie, y como se dijo en el veredicto, no estamos en presencia del tipo penal previsto en el artículo 411 quáter, originalmente citado en la acusación, toda vez que no se ha probado, de manera fehaciente, la concurrencia de alguno de los medios comisivos que la citada norma contempla, concretamente, el supuesto abuso o aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad que se describe en la acusación.

En efecto, el hecho descrito en la acusación supone que ciudadanas peruanas son captadas o acogidas en esta ciudad para prestar servicios sexuales “abusando para

tal efecto de su situación de vulnerabilidad”, circunstancia que se invoca específicamente respecto de J.R.P. y B.Z.M.R.

Empero, de las probanzas vertidas en juicio no queda claro que tal situación de vulnerabilidad haya acontecido respecto de tales mujeres y menos que haya existido un aprovechamiento de tal circunstancia.

Así, con relación a J.R.P. o Jessica Ríos Panduro, todos los testigos refieren que ella habría trabajado anteriormente en un Spa o sauna y por intermedio de un tercero habría llegado al domicilio de Colombia 114. El inspector Patricio Arévalo incluso reconoce que conforme le declaró la propia Jessica Ríos, al llegar a esa casa trabajó en la recepción y sólo posteriormente optó por prestar servicios sexuales.

Otro tanto ocurre con la mujer de iniciales B.Z.M.R., cuya única referencia en juicio es la que hace la testigo Eva Gómez Cuello, quien tomó declaración a Betty Meneses Rivera, la que expresamente le manifestaba que se había enterado por intermedio de una amiga sobre esta casa de comercio sexual donde se pagaba bien, lugar donde ella llega voluntariamente y acepta trabajar.

De consiguiente, la captación o acogida de estas mujeres en ningún caso obedece directamente a un abuso o aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad”.

El sentenciador rechaza la acusación por el delito 411 quáter precisamente porque no se acreditó ni la existencia de una situación de vulnerabilidad ni su aprovechamiento. Si bien algunos de los dichos de los testigos que declararon en el juicio podrían haber conducido a ello, era difícil su probanza dado que no se contó con la declaración de las víctimas.

De acuerdo a ello, la sentencia condena por el delito del artículo 411 ter que no exige la concurrencia de tales medios comisivos, bastando la promoción o facilitación para que ingresen o salgan personas del país con la finalidad de prostituirse.

VII. Caso argentino

Actualmente y con la finalidad de facilitar la acreditación de este delito y lograr el castigo de quienes participan en su comisión, han surgido modernas tendencias en la materia, específicamente con lo que motiva este trabajo se expondrá brevemente la situación de la República Argentina en relación con los medios comisivos en su regulación legislativa.

En dicha nación, si bien la primera regulación en esta materia se remonta al año 1913, para estos fines resulta de interés la referencia a la normativa contenida en la ley 26.364 de fecha 29 de abril de 2008 sobre “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas”, y su modificación posterior. Esta ley parte distinguiendo entre mayores de dieciocho años y menores de dicha edad y estableciendo medios de comisión similares a los

que figuran en nuestra legislación **sólo para los mayores de dicha edad**, tal como se aprecia del texto que a continuación se transcribe:

“Artículo 2°: Trata de mayores de DIECIOCHO (18) años. Se entiende por trata de mayores la captación, el transporte y/o traslado —ya sea dentro del país, desde o hacia el exterior—, la acogida o la recepción de personas mayores de DIECIOCHO (18) años de edad, con fines de explotación, cuando mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima, aun cuando existiere asentimiento de ésta.

Artículo 3°. Existe trata de menores aun cuando no mediare engaño, fraude, violencia, amenaza o cualquier medio de intimidación o coerción, abuso de autoridad o de una situación de vulnerabilidad, concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre la víctima. El asentimiento de la víctima de trata de personas menores de DIECIOCHO (18) años no tendrá efecto alguno.”

Esta legislación fue modificada por la ley N°26.842 promulgada con fecha 27 de diciembre de 2012, y en lo que nos interesa con respecto al tema de este trabajo, tiene la relevancia de eliminar en su artículo segundo la exigencia de los medios comisivos del tipo penal establecidos en la primitiva norma, con lo cual ya no es necesario demostrar la concurrencia de ninguno de ellos para acreditar el hecho punible, sin distinción de edad y sin perjuicio de la contemplar estas circunstancias como agravantes de la conducta ejecutada.

Artículo 2°: Se entiende por trata de personas el ofrecimiento, la captación, el traslado, la recepción o acogida de personas con fines de explotación, ya sea dentro del territorio nacional, como desde o hacia otros países.

A los fines de esta ley se entiende por explotación la configuración de cualquiera de los siguientes supuestos, sin perjuicio de que constituyan delitos autónomos respecto del delito de trata de personas:

- a) Cuando se redujere o mantuviere a una persona en condición de esclavitud o servidumbre, bajo cualquier modalidad;*
- b) Cuando se obligare a una persona a realizar trabajos o servicios forzados;*
- c) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la prostitución ajena o cualquier otra forma de oferta de servicios sexuales ajenos;*
- d) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la pornografía infantil o la realización de cualquier tipo de representación o espectáculo con dicho contenido;*
- e) Cuando se forzare a una persona al matrimonio o a cualquier tipo de unión de hecho;*

f) Cuando se promoviere, facilitare o comercializare la extracción forzosa o ilegítima de órganos, fluidos o tejidos humanos.

El consentimiento dado por la víctima de la trata y explotación de personas no constituirá en ningún caso causal de eximición de responsabilidad penal, civil o administrativa de los autores, partícipes, cooperadores o instigadores.

Como es posible apreciar de la norma transcrita, otro punto relevante es la declaración que realiza respecto a la ausencia de significación del consentimiento de la víctima para constituir una eximente de responsabilidad. Esto tuvo su fundamento en que las víctimas de trata de personas no tienen libertad para elegir ni de liberarse de la situación a la que se encuentran sometida. Por otra parte, una persona no puede consentir en ser explotada sin encontrarse su voluntad coartada.

En definitiva esta legislación es vista como una forma de avanzar en la persecución de estos delitos relevando a la víctima de la necesidad de acreditar la existencia de estos medios comisivos.

VIII. Conclusiones

1. En las tres causas sobre las cuales existe un pronunciamiento de un Tribunal Oral en lo Penal seguidas por el delito de Trata de Personas desde la publicación de la ley N°20.507, y que se encuentran ejecutoriadas, es posible apreciar la relevancia de la acreditación de los medios comisivos establecidos en dicha ley, particularmente el engaño y el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la víctima (incluye abuso del desamparo económico de la víctima), conforme a los artículos 411 ter y quáter y 367 bis números 3 y 5, cuando ha correspondido la aplicación de este último.
2. Respecto de la prueba de estos medios comisivos, ha merecido especial consideración la declaración de las víctimas, ya sea, para formar una convicción suficientemente creíble en el tribunal, o por el contrario exigir la concurrencia de otros medios probatorios, o bien, no darlos por acreditado cuando no existe tal declaración, como ocurre con el Tribunal Oral en lo Penal de Arica. Asimismo, en la causa contra G. Manzueta el tribunal absuelve respecto de una tercera víctima por no haberse probado las calificantes o medios de comisión **al no contar con el testimonio de la víctima** o alguna prueba del engaño o desamparo económico o situación de vulnerabilidad. Es necesario tener presente que las víctimas no siempre están dispuestas a declarar, ya sea por temor a represalias o en ocasiones por el convencimiento que han cometido algún ilícito.
3. En relación al engaño, es necesario analizar que las víctimas de estos delitos en las tres causas son mujeres que provienen de países que les ofrecen

pocas expectativas de superar las condiciones de pobreza en las que viven, además poseen escasa educación y preparación, la mayoría presenta problemas familiares serios y algunas provienen de zonas rurales. Todas comparten el deseo de mejorar su vida y la de su familia debido a los factores señalados, por lo que son presa fácil de promesas de un trabajo mejor en otro país, es decir, el engaño respecto de ellas opera fácilmente, por lo que no puede exigirse que tengan el mismo nivel de fuerza o convicción que respecto de una persona educada que vive en otras zonas dentro o fuera de su país en mejores condiciones y/o con mayor preparación. Por ello, las circunstancias que las rodean y sus condiciones personales deben ser evaluadas caso a caso y teniendo presente el contexto completo que su situación, esto es lo que se refleja en la causa seguida contra G. Manzueta, en la que respecto de una de las víctimas incluso se considera su nivel cognitivo.

4. En relación a las fases del delito de Trata de Personas en las que debe estar presente el engaño de la víctima, de acuerdo a la ley puede ser cualquiera de sus fases, aunque naturalmente esté presente en la captación y el traslado, pudiendo desaparecer en el lugar de destino cuando la víctima se ve sometida a sus captores. Esto se refleja en la causa contra A. Mota independiente de su resultado, en la cual las víctimas llegan al país y al otro día se dan cuenta de la falacia, cuando se les indica el camino de la prostitución.
5. El aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad en las dos primeras causas va asociada al engaño particularmente en el momento de la captación, porque como se señalara, los captores se aprovechan de esta situación al momento del reclutamiento para formular el engaño, a diferencia de otros países en los que el abuso de la vulnerabilidad de la víctima se da para ejercer la fuerza o la coacción a fin de ejecutar el traslado.
6. En estas dos primeras causas la situación de vulnerabilidad de todas las víctimas se mantiene en el lugar de destino, aunque desaparezca el engaño, cambiando las circunstancias que producen tal vulnerabilidad, así será su precaria situación económica, su falta de redes de apoyo, su lejanía con la familia, etc., las que determinen las decisiones que adopten y que en definitiva las lleve a la prostitución.
7. La víctima no necesariamente debe permanecer encerrada o privada de sus documentos para que se configure el delito de Trata de Personas, ya que, pueden ser las circunstancias en las que se desenvuelve en su lugar de destino las que determinen su imposibilidad de adoptar la decisión de denunciar o alejarse de sus captores, y en definitiva acceder a sus pretensiones. Así, la falta de apoyo, problemas con el idioma, convicción de haber cometido un delito al acceder a su traslado aunque sea bajo engaño, desconocimiento de la realidad local, etc., son circunstancias que consti-

tuyen una situación de vulnerabilidad que aprovechan los tratantes para explotarlas. En estos fallos sólo se da un caso en el cual la víctima es encontrada por la policía encerrada y es precisamente el único en el cual se condena por el artículo 411 quater. En los otros casos, especialmente en causa seguida contra Amelfi Mota, resulta difuso el límite entre un simple Tráfico Ilícito y el delito de Trata de Personas, aunque resulte innegable la existencia del engaño y del aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de las víctimas.

8. En necesario tener presente que el derogado artículo 367 bis aún es aplicable a los casos anteriores al 8 de abril de 2011, por lo que en la prueba de sus calificantes, especialmente los números 3 y 5, directamente relacionadas con los medios comisivos analizados, resulta pertinente lo señalado al respecto.
9. En cuanto al consentimiento, existe la tendencia a radicar la discusión en la libertad que tuvo la víctima para acceder o no a realizar actos de prostitución, aún cuando se hayan establecido los medios comisivos para su captación. En uno de los fallos la falta de consentimiento es exigida en todas las fases, sin distinguir que inicialmente pudo haber consentimiento en el lugar de captación pero con posterioridad no existir por haberse modificado las condiciones. Además, es necesario tener presente que la libertad de la víctima para tomar sus decisiones tienen que ser no sólo de carácter física, sino psíquica, es decir, de autodeterminación.
10. La existencia de alguno de los medios comisivos establecidos en la ley excluye la posibilidad de que la víctima haya prestado un consentimiento, o si lo ha dado, que sea válido, exento de vicios. Esto tiene el inconveniente de radicar la carga de la prueba en ella, lo cual dificulta la persecución de estos delitos en los está detrás una criminalidad organizada que genera temor tanto en los testigos como en las víctimas. Por ello, es destacable el avance que se produce en países como Argentina que desde su última modificación en la materia no requiere de la concurrencia de medio comisivo alguno, basta con que se haya acreditado alguna de las acciones del tipo penal con la finalidad de explotación para que se configure el delito de Trata de Personas. Esto sin perjuicio de agravar la conducta en el caso de concurrir algunos de estos medios comisivos, dando así lugar a una figura base y a otra calificada.
11. Por último, señalar que éstos son los primeros fallos sobre la materia y que sin duda servirán de punto de partida para permitir a la jurisprudencia seguir avanzando y perfeccionando los aspectos conceptuales de la ley a las delicadas realidades que enfrentan las víctimas de este delito.

UNIDAD ESPECIALIZADA
ANTICORRUPCIÓN

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA FALSEDAD EN PARTES O INFORMES POLICIALES ARTÍCULO 22 DE LA LEY ORGÁNICA DE LA POLICÍA DE INVESTIGACIONES DE CHILE

*José Luis Cortés Zepeda*¹

I. Introducción

Con ocasión del pronunciamiento de dos sentencias condenatorias –las primeras que conocemos²– por el delito del artículo 22 de la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones (en adelante, LOPDI³), las líneas que siguen tienen por finalidad proponer una sistematización de las principales características de esta figura delictiva, que llamaremos *falsedad en partes o informes policiales*.

II. Bien jurídico

El objeto jurídico de la falsedad en partes o informes policiales ha de hallarse en la *administración de justicia*, entendida funcionalmente, es decir, como el desenvolvimiento de la función pública de conocer, resolver definitivamente y ejecutar la decisión de los conflictos de relevancia jurídica en el orden temporal, declarando el Derecho⁴. El correcto desempeño de la actividad jurisdiccional demanda del auxilio de la policía, en lo que aquí interesa, mediante el aporte de información que deberá ser tenida en cuenta por el órgano encargado del cumplimiento de esta función (tribunal)⁵. A causa de “la fragilidad

- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Anticorrupción, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 STJOP Calama, 6.9.2011, RUC 0900809735-3, RIT 123-2011, siendo rechazado el último recurso en su contra por SCS, 16.4.2012, Rol 10.585-11; y SJG (12°) Santiago, 12.3.2013, RUC 1101000763-3, RIT, 4769-2012.
- 3 D.L. N°2460/1079, D.O. 24.1.1979.
- 4 Por un análisis de la administración de justicia como bien jurídico en nuestra doctrina, RODRÍGUEZ COLLAO, Luis/ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, pp. 147-178; GUZMÁN DALBORA, José Luis, “La administración de justicia como objeto de protección (observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)”, en ARROYO ZAPATER, Luis/ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.), *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos* [en línea]. In memoriam, Universidad Castilla La Mancha, Universidad de Salamanca, Toledo, octubre de 2001. Disponible en: <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero2/9.pdf> [fecha de consulta: 21 junio 2013]; WILENMANN, Javier, “La Administración de justicia como un bien jurídico”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, t. XXXVI, 2011, 1º semestre, pp. 531-573.
- 5 Entendemos que en último término actividad y función jurisdiccional responden a una misma idea; parece reconocer una diferencia, GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*, p. 235.

de la posición cognitiva de los jueces”⁶, la información falaz que aporte la policía puede afectar la adecuada determinación retrospectiva de los hechos, con consiguiente mella, en la resolución del conflicto, de la aplicación del derecho connatural a la actividad jurisdiccional⁷. Es de esta manera que las faltas a la verdad en esta clase de partes o informes resienten el correcto ejercicio de la función jurisdiccional. Amén de la importancia para la resolución de los conflictos jurídicos, “la actividad del órgano jurisdiccional tiene un carácter instrumental, en cuanto está al servicio de los bienes jurídicos microsociales y de los demás bienes jurídicos colectivos”⁸, quedando satisfecho el carácter instrumental para intereses individuales del que debieran participar los bienes jurídicos supraindividuales⁹.

Así las cosas, no se protege el cúmulo de funciones públicas servidas por la policía civil, como tampoco aquellas que desempeñen otros órganos estatales con los cuales ella está llamada a colaborar. Exclusivamente quedan comprendidas las funciones policiales en cuanto se orienten a la administración de justicia, concretamente, en materia criminal. Como se verá, ésta es la función propia y natural de la Policía de Investigaciones de Chile¹⁰. Así lo confirma la penalidad (atada a la del falso testimonio), antecedente que sugiere poderosamente que la equivalente valoración responde, en primer término, a que tenemos al frente dos atentados contra el mismo interés. En segundo lugar, puede hallarse una confirmación en que la penalidad originalmente hacía referencia únicamente a la del falso testimonio en causa criminal¹¹.

A diferencia del testigo, las funciones de la Policía de Investigaciones no sólo se limitan a la acreditación de los hechos materia de la investigación criminal, sino que satisfacen otras funciones en el proceso penal¹². Por ello, este tipo penal protege cualquier aspecto del ejercicio de la función jurisdiccional que demande la debida cooperación policial, incluyendo aquellos que dicen relación con las decisiones transitorias (*v. gr.* medidas cautelares o diligencias de investigación que afecten derechos garantidos por la Constitución).

La información policial mendaz también puede afectar la administración de justicia de un modo distinto o, quizá, de una manera más intensa. Partiendo de la base de que el objeto jurídico es una manifestación de la soberanía, su

6 WILENMANN, *op. cit.*, p. 533; *vid.* también *ibid.*, pp. 370-371.

7 Por esto último, WILENMANN, *op. cit.*, p. 533.

8 RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 165.

9 En contra, WILENMANN, *op. cit.*, p. 565, sostiene que, aunque correcta la tesis de Rodríguez y Ossandón, la identificación de la relación instrumental la estima hecha a medias.

10 *Infra* nn. 36 y, principalmente, 88, 89, 90 y 91, junto con el texto asociado a ellas.

11 *Infra* VI.

12 *Cf.* por ejemplo el artículo 79 del Código Procesal Penal.

ejercicio por parte de los órganos estatales competentes ha de ser exclusivo y excluyente¹³. De tal suerte, si la conducta falsaria impide –en la práctica– el ejercicio de la función jurisdiccional (por ejemplo, porque lleva al Ministerio Público a archivar provisionalmente la causa) allí donde debía ser ejercida, la administración de justicia se habrá visto menoscabada¹⁴.

No se aprecia obstáculo alguno en que el correcto funcionamiento de la jurisdicción no sufra a manos de quien la ejerce (el juez), sino de un policía, pues éste tiene la calidad de colaborador de los tribunales en cuanto tales (órganos que ejercen jurisdicción)¹⁵. Tampoco lo es que la afectación pueda producirse en la etapa de investigación, pues, como ocurre en otro delito, aquí resulta amparado “uno de los presupuestos necesarios para una correcta administración de justicia, esto es, la actividad de investigación”¹⁶.

Si bien es cierto que los delitos contra la administración de justicia pueden afectar los intereses individuales que la función jurisdiccional debe tutelar¹⁷, dichos intereses no constituyen el objeto jurídico de nuestro delito¹⁸. No

13 Al respecto, GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*, p. 239, insiste en que “al radicarse esta dimensión del poder soberano del Estado en los tribunales de justicia, su ejercicio participa, tiene que participar, de esas notas de supremacía e independencia que, como se dijo, convienen a dicho poder. De lo que se deduce, en primer lugar y por un imperativo de supremacía, que los tribunales de justicia ostentan de modo exclusivo y excluyente su misión”.

14 Sobre la misma base, GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*, págs. 239-242 concluye que lesionan este bien jurídico las hipótesis de realización arbitraria del propio derecho y la atribución de funciones judiciales por empleados administrativos.

15 Al pasar GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*, págs. 242-243: “es verdad que a la Administración de Justicia no incumbe *todo* el quehacer de los jueces... no lo es menos que, por la inversa, le competen siempre e invariablemente las actuaciones de jueces y colaboradores del Poder judicial, en tanto que tales jueces y colaboradores, es decir, en la medida en que unos y otros, en sus respectivos casos, ejercen la jurisdicción o cooperan con ella”.

16 En referencia a la obstrucción a la investigación, OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “Los delitos de obstrucción a la investigación”, en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (coord.), *Delito, Pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 433. RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, págs. 171-172, manifiestan reparos respecto de las hipótesis de realización arbitraria del derecho, el favorecimiento o encubrimiento, entre otras, no por “tratarse de situaciones que están fuera de la fase preprocesal”, sino porque, en su concepto, se corresponden de delitos de dominio que no satisfacen las condiciones que pudieran justificar la amenaza penal en estos casos.

17 Afirma GUZMÁN DALBORA, *op. cit.*, p. 248, que por el vínculo “entre la función jurisdiccional y la tutela jurídica que debe suministrar el Estado al ciudadano, muy a menudo acaecerá que los delitos contra la primera generen, suplementariamente, un riesgo concreto de lesión e incluso el real menoscabo de bienes de titularidad individual”.

18 En este sentido, WILENMANN, *op. cit.*, p. 556, señala que, aunque pueden “producirse afectaciones a las libertades individuales en los delitos contra la Administración de justicia”, “por esta falta de vínculo intrínseco con libertades individuales, los delitos contra la Administración de justicia no constituyen delitos contra intereses individuales”. También, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 166: “... aunque el ilícito resulte lesivo

puede conducirnos a la conclusión contraria que la penalidad aparezca fijada en razón de la gravedad de la responsabilidad en juego (por crimen o simple delito, de un lado, o por falta, del otro) y en atención a su carácter perjudicial o favorable para el imputado (en el primer caso). La gradación simplemente se explica porque la administración de justicia se erige como un interés de mayor relevancia en materias criminales y, dentro de éstas, en las hipótesis más severamente amenazadas¹⁹.

Aunque es posible distinguir la administración de justicia y el objeto jurídico de las falsedades documentales²⁰, no puede dejar de apreciarse cierta imbricación en hipótesis como las que nos ocupan²¹. Una de las posibles caracteriza-

contra intereses particulares, el daño que experimenta la Administración de Justicia es el que prevalece para establecer la objetividad jurídica del hecho”.

19 No podemos darnos a la tarea de justificar esta afirmación aquí; bástenos una remisión a ciertas disposiciones que resuelven normativamente los conflictos de intereses en el proceso penal en este sentido: por la gravedad del hecho ilícito investigado, el procedimiento aplicable (es relevante para la aplicación de los procedimientos simplificado, artículo 388; monitorio, artículo 392; y abreviado, artículo 406); la procedencia de diligencias particularmente intensas (artículo 222 inciso 1°); la relevancia para efectos de las medidas cautelares personales (artículos 124, 134 y 140 inciso 4°). Por el sentido de la contribución, el estándar de prueba en materia penal es sugerente si se piensa que éste “resulta considerablemente más exigente, ya que mientras a un demandante en una causa civil le basta para obtener una condena, presentar prueba más convincentes que la del demandado, en un juicio criminal la prueba debe alcanzar para despejar en la mente del juzgador toda duda razonable acerca de los términos de la acusación presentada en contra del imputado” (MATURANA MIQUEL, Cristián/ MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 942).

Atiende a la gravedad de las consecuencias, mas de un modo genérico, LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, tomo II, 7ª edición, reimpr. 2005, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983, p. 64, sosteniendo que “[l]a sanción es más elevada en este último debido a las consecuencias más graves que puede producir; y menor en el primero, habida consideración al sentimiento humanitario que entraña”. Por su parte, citando a González Rus, OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 454: “el interés en que un delito no quede impune es directamente proporcional a su gravedad, por lo que cuanto menor sea ésta, menor es la necesidad de sancionar los comportamientos que obstaculizan o impiden que el mismo sea descubierto o que respondan sus autores.” Ver también *ibid*, p. 454, n. 79. Finalmente, WILENMANN, *op. cit.*, p. 570, destacando que “[l]a justificación de los deberes positivos de personas en su rol de personas, requiere de argumentos que justifiquen la construcción de un contexto especial de imposición de deberes activos”, afirma que “[e]l primer contexto en que se le imponen obligaciones especiales a la persona de solidaridad pasiva fuera del ámbito de exclusión de la personalidad individual de otro, es el contexto especial de la persecución penal”.

20 RODRÍGUEZ COLLAO, Luis/ VERA VEGA, Jaime, “El bien jurídico protegido en los delitos de falsedad”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco*, Año 5, N°5, p. 110, sostienen que “[a]l parecer, no ocurre lo mismo con... las falsedades documentales”. Véase también *ibid*, p. 135).

21 A propósito de la obstrucción a la investigación, sostiene OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 452: “Resignarse a un concurso ideal entre ambos delitos significaría una sanción excesiva, especialmente si como bien jurídico protegido por las falsedades documentales,

ciones del bien jurídico en las falsificaciones pone el acento, precisamente, en aspectos de naturaleza probatoria²². Si bien, según estas últimas formulaciones, la protección se extendería a la prueba fuera del proceso²³, sus relaciones pueden ciertamente intuirse, máxime si estos planteamientos se formulan “sin desconocer con ello su concreto contenido procesal”²⁴⁻²⁵. En la limitación en el círculo de receptores del objeto material y en la que, de manera refleja, caracteriza a su circulación, se puede hallar una justificación al tratamiento especial aquí estudiado.

Desde otra perspectiva, su cercanía con el falso testimonio y el carácter calificado del sujeto activo sugieren que estamos ante un delito de infracción de deber o por responsabilidad institucional²⁶. No parece demandar mayor justificación la existencia de un deber extrapenal anterior, lógica y axiológicamente, al deber penal, el cual sería impuesto, en este caso, a la vez por el Derecho Administrativo (la vinculación funcionaria) y el Derecho Procesal (el carácter auxiliar)²⁷. Por ello, el sujeto resulta institucionalmente vinculado

bien jurídico que algunos vinculan estrechamente con la seguridad probatoria y, en ese sentido, se acerca muchísimo a la lesividad propia del delito de obstrucción a la investigación”.

- 22 Por todos, RODRÍGUEZ COLLAO/ VERA VEGA, *op. cit.*, págs. 123-126.
- 23 Aclaran RODRÍGUEZ COLLAO/ VERA VEGA, *op. cit.*, p. 124, dando cuenta de la opinión de Binding, que “parte de la consideración de los medios de prueba fuera del proceso... [que] se pretende proteger la seguridad de estas pruebas fuera del proceso, esto es, la demostración de la existencia o inexistencia de un derecho u obligación, actividad probatoria que tendría como principal destinatario no al juez, como tradicionalmente se venía sosteniendo, sino que a la contraparte, en el ámbito del proceso y a cualquier persona fuera de él”.
- 24 RODRÍGUEZ COLLAO/ VERA VEGA, *op. cit.*, p. 124.
- 25 Podría sostenerse –recurriendo al esquema propuesto por RODRÍGUEZ COLLAO/ VERA VEGA, *op. cit.*, *passim*– que a partir de los objetos materiales la seguridad en el tráfico jurídico se concretiza en la afectación de la función jurisdiccional en el ámbito penal, de manera análoga a como “en el ámbito de la falsificación de moneda... el atentado se produce respecto de la seguridad en el tráfico, pero concretado en el sistema monetario y el mercado de pagos” (LOS MISMOS, *op. cit.*, p. 130). Debe reconocerse que estos autores, rechazan expresamente esta solución, pues concluyen “que es posible afirmar la existencia de un bien jurídico que efectivamente aglutina al conjunto de los delitos de falsedad contemplados en el Título IV del Libro II del Código Penal chileno”, hacen excepción de “aquellos que específicamente atentan contra el correcto desempeño de la función jurisdiccional” (*loc. cit.*, p. 135).
- 26 Consideran el falso testimonio un delito de responsabilidad institucional, por ejemplo, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 238. Otra opinión, WILENMANN, *op. cit.*, p. 571, n. 92 afirmando que Rodríguez y Ossandón “llegan a conclusiones distintas” aunque “la obligación del testigo de declarar la verdad no es una obligación auto-impuesta en ningún sentido”. Decimos que el segundo factor sólo sugiere la posible adscripción a esta categoría, en el entendido que no son conceptos absolutamente coincidentes.
- 27 Estos deberes extrapenales son, en otro sentido, posteriores al Derecho Penal, en cuanto se orientan a él: se dirigen a hacer efectiva la amenaza penal, a reestabilizar las expectativas normativamente aseguradas, etc.

desde dos perspectivas: a la administración de justicia (al modo de los testigos) y a la administración del Estado (como los servidores públicos). De su colaboración positiva depende, en parte al menos, que la administración de justicia se realice de una manera correcta en materias penales.

III. Tipicidad

1. Tipo penal

Dispone el artículo 22 de la LOPDI que “[t]odo funcionario de Policía de Investigaciones de Chile que faltare maliciosamente a la verdad en los informes a sus superiores y particularmente en los partes enviados a los tribunales o a las autoridades administrativas, será castigado con arreglo a los artículos 206 y 207 del Código Penal”.

Anticiparemos que este tipo penal admite clasificación como delito de sujeto activo calificado o especial (propio), siendo además de mera actividad y de peligro abstracto.

2. Sujeto activo

El delito del artículo 22 de la LOPDI es una figura de sujeto activo calificado, toda vez que el autor debe tener la calidad de funcionario de Policía de Investigaciones de Chile. Es obvio que quedan fuera del ámbito típico de los funcionarios de Carabineros de Chile, a cuyo respecto deberá evaluarse la aplicación de otras figuras especiales²⁸.

Tal como ocurre con el concepto general de empleado público (artículo 260 del Código Penal), el de funcionario de Policía de Investigaciones de Chile, para estos efectos, debe entenderse desde una perspectiva funcional. Es decir, todo aquel que, a consecuencia de su vinculación con este servicio público, ejerza las funciones de la policía civil en materia de investigación de hechos ilícitos (debiendo informar a los tribunales, autoridades administrativas o a sus superiores), satisfará los requisitos del sujeto activo. Cumplida esta exigencia de carácter material, será irrelevante, tal como ocurre con el concepto genérico, la naturaleza de la vinculación, de suerte que el concepto no queda constreñido sólo a la planta de oficiales, sino también comprende a los que integran la de apoyo científico, de apoyo general, etc. (artículo 1° de la Ley N°19.586 que establece plantas de la Policía de Investigaciones de Chile,

28 Por ejemplo, el artículo 370 N°1° del Código de Justicia Militar: “Será castigado con la pena de presidio o reclusión militar menores en sus grados mínimo a medio: 1° El militar que, sin cometer otro delito de mayor gravedad, diere a sabiendas un informe falso, de palabra o por escrito, sobre asuntos del servicio, o expidiere certificado de algún hecho en sentido diverso a lo que supiere”.

D.O. 25.9.1998). Lo anterior queda comprobado porque el tipo penal no utilizó ningún concepto restringido, sirviéndose, en cambio, de un giro amplio²⁹.

Aunque no aparece explícito en el tipo, las consideraciones anteriores demandan que el empleado deba enviar el parte o informar a sus superiores *en el ejercicio de sus funciones*. Sólo así se pondrá en tela de juicio el bien jurídico a través del menoscabo del servicio que la Policía de Investigaciones debe prestar a la administración de justicia. Además, el contexto lícito (competente) del policía, fundamenta la relevancia típica de la falsedad ideológica³⁰.

Como consecuencia de lo anterior, el delito es de carácter especial, restando la interrogante acerca de si se trata de uno propio o impropio, respecto de lo cual se volverá más adelante.

3. Conducta

La conducta ha sido descrita como faltar maliciosamente a la verdad en informe o parte. La forma en que ha sido definida (faltar a la verdad) constituye la modalidad paradigmática de falsedad ideológica³¹, de modo que las hipótesis de falsedades materiales escapan a su ámbito de aplicación.

Como el recurso al *ius puniendi* se justifica por la afectación de un bien jurídico (la administración de justicia) y no en criterios éticos (la inmoralidad de la mentira), por muy atendibles que éstos sean, la conducta de faltar a la verdad debe ser entendida según un criterio *objetivo*³². Por ende, se faltará a la verdad cuando la declaración realizada difiera de la realidad (la comparación

29 Por ejemplo, no utilizó el concepto de “oficial policial”, que el artículo 5° letra j del Estatuto del Personal de la Policía de Investigaciones de Chile (contenida en el D.F.L. N°1, de 1980, D.O. 11/11/1980), define como el “[f]uncionario perteneciente al Escalafón de Alto Mando, al Escalafón de Oficiales Profesionales de Línea o al Escalafón de Oficiales Policiales Profesionales”. Por lo demás, este mismo Estatuto consagra una definición bastante amplia de “personal”, en la letra a) de la misma disposición legal: “Conjunto de personas vinculadas jurídicamente por una relación de trabajo al Estado, que requiera Policía de Investigaciones de Chile para el cumplimiento de su misión o tarea, que se encuentra sometido al régimen jerárquico y disciplinario de esta Institución y que se remunera con cargo a fondos fiscales”.

30 Análogamente, respecto del falso testimonio, ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, tomo IV: *Parte Especial*, 3ª edición, reimp. 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 186: “La autenticidad de las formas (autoridad competente, prestación del juramento, etc.) es incluso esencial para que pueda configurarse el delito”.

31 ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 163, concluye que la hipótesis del artículo 193 N°4° del CP (“faltar a la verdad en la narración de hechos sustanciales”) corresponde a “la fórmula general, que permite incluir prácticamente todas las falsedades ideológicas”. EL MISMO, *op. cit.*, t. IV, p. 185, en relación con el falso testimonio, afirma que ésta “es una figura de falsedad esencialmente ideológica, que consiste en mentir”.

32 Respecto de la obstrucción a la investigación, OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 444; RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 286.

no ha de hacerse en relación con la representación del sujeto acerca de la realidad, como propugna la tendencia subjetiva)³³. Coherentemente, la representación del sujeto tendrá relevancia para efectos de la imputación subjetiva³⁴.

De la lectura del tipo penal no se aprecia exigencia típica que califique las faltas a la verdad, como la del artículo 193 N°4° del Código Penal, con arreglo a la cual la falsedad debe recaer en la narración de hechos sustanciales. Ello sugiere que es irrelevante la entidad o naturaleza de los hechos respecto de los cuales se falte a la verdad. Se podría pensar, entonces, que la tipicidad se configura, sea que se mienta respecto de hechos importantes o relevantes, sea respecto de aquellos que no lo son. Sin embargo, la función teleológica del bien jurídico impone la conclusión contraria: la falsedad en un hecho irrelevante nunca podría perturbar el objeto de protección (la administración de justicia) de modo que mal podría encontrarse incluida una descripción típica que pretendiese resguardarlo. Si un policía emite un informe policial en una investigación por el delito de uso de información privilegiada consignando que el día de la realización de una determinada diligencia estaba nublado, cuando en realidad no era así, en principio, no se configuraría el tipo penal, porque no perjudicaría los elementos sobre los que podría fundarse o asegurarse la responsabilidad del investigado. Por lo demás, se entiende que la relevancia o substancialidad es una exigencia genérica en materia de falsedades, sin que apreciemos razones para rechazarla aquí³⁵.

Con todo, debe advertirse que la relevancia o substancialidad no puede determinarse en abstracto, sino que debe hacerse en relación con la causa concreta en que incida la falsedad, por lo cual, incluso circunstancias aparentemente nimias, podrían llegar a ser de primera relevancia (en el ejemplo, que haya estado nublado podría tener transcendencia, *v. gr.*, si le atribuye o le resta cre-

33 Estos criterios han sido desarrollados respecto del falso testimonio, cuya conducta coincide con la que aquí se estudia. *Vid.*, CORTÉS ZEPEDA, José Luis, “Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Arica que condena por los delitos de falso testimonio y presentación de medio de prueba falso en juicio”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°47, junio 2011, págs. 88-89. Por este tema, también RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 251.

34 Así, respecto del falso testimonio, ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 190; GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, tomo IV: Parte especial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 113; y en relación con la obstrucción a la investigación, OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 444; RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 286.

35 Sostienen RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 253, que el falso testimonio “participa de muchos de los principios que informan la teoría general de las falsedades”, de lo que deducen que la declaración, junto con verosímil, supone una “[a]lteración jurídicamente relevante de la verdad” (cursivas en el original). Similar, LOS MISMOS, *op. cit.*, p. 285; OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 443; ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, págs. 189-190; GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, p. 114; POLITOFF L., Sergio/ MATUS A., Jean Pierre/ RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, p. 538.

dibilidad a otro antecedente).³⁶ Con ello, se pone de relieve que la falsedad debe incidir en un proceso, pero esta afirmación demanda una precisión: esta causa debe ser de naturaleza penal. Lo primero se impone también por exigencia del bien jurídico: sólo puede afectar la administración de justicia la falsedad que incida en un proceso; lo segundo, aunque indirectamente también se vincula con el objeto jurídico, se deriva inmediatamente de la exigencia de relevancia. A partir de lo que se desarrollará a propósito de la penalidad sobre las funciones principales de la Policía de Investigaciones³⁷, debe concluirse que la substancialidad de la falsedad encuentra su medida en el potencial efecto en el curso de la instrucción penal. Como ésta tiene por finalidad el establecimiento y el aseguramiento de la responsabilidad penal³⁸, la relevancia se reduce a si la falsedad favorece la posición del imputado en el proceso penal o la perjudica³⁹. Esta conclusión se ve confirmada por la penalidad que, hasta 2005, estuvo establecida en relación al falso testimonio en materia criminal, de lo cual resultaba que no existían penas para la hipótesis en que la falsedad no favoreciera ni perjudicara al imputado⁴⁰. Se excluyen del ámbito típico del artículo 22 de la LOPDI, en consecuencia, las falsedades que no incidan en un proceso penal, tales como las que tengan por destinatario a tribunales civiles o autoridades meramente administrativas, incluyendo las que se cometan en la administración del mismo servicio.

Ahora bien, lo relevante es que, desde un punto de vista objetivo, las falsas declaraciones pueden ser valoradas, en el momento de su realización, como un elemento portador de la potencialidad de mejorar o empeorar la situación del imputado. Ningún antecedente sugiere la necesidad de que tal perjuicio o beneficio llegue a producirse; no los hay tampoco que impongan un examen basado en el efecto en la prueba de los antecedentes fundantes de la responsabilidad, de suerte que el perjuicio o beneficio puede incidir en la situación

36 A la misma conclusión llegan, comentando la falsedad en el proceso, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 253; el mismo principio, LABATUT, *op. cit.*, t. II, p. 62; respecto de la obstrucción, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 286; OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 443.

37 *Vid., infra* 88, 89, 90 y 91.

38 MATURANA/ MONTERO, *op. cit.*, t. II, p. 566, afirman que “[l]a etapa de investigación persigue como objetivo esencial recopilar los antecedentes que permitan al Ministerio Público formular una acusación y, posteriormente, durante el desarrollo de un juicio oral, acreditar el delito y la participación en él de las personas en contra de las cuales se solicita hacer efectiva la aplicación de una pena”.

39 RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, págs. 259-260, n. 66: “no alcanzamos a ver cómo, si el falso testimonio tiene que suponer una alteración sustancial de la verdad relevante para el proceso, puede llegar a ser indiferente para el imputado”. En el mismo ámbito, LABATUT, *op. cit.*, t. II, p. 62, llega a esta conclusión a partir de la relevancia: “La declaración falsa debe recaer sobre hechos capaces de influir en la decisión del asunto, o sea, es preciso que constituya elemento de prueba a favor o en contra del afectado”.

40 *Cf., infra* VI.

del imputado en el proceso desde otros puntos de vista, como en materia de medidas cautelares, diligencias intrusivas, regularidad en la obtención de los antecedentes⁴¹. Es decir, aunque la falsedad debe recaer sobre un hecho sustancial, en términos que pueda contribuir a la formación de la convicción del juez⁴², este aporte no aparece limitado a la atribución de responsabilidad. Por ende, las falsedades que inciden con la forma en que se realizó una determinada actuación investigativa pueden, perfectamente, estimarse relevantes. A esta conclusión se arriba si se tiene en consideración que, además de que pudieran incidir en la convicción acerca de los hechos materia de la investigación, potencialmente afectan, *v. gr.*, la admisibilidad de la prueba obtenida (por ejemplo, como cuando se miente respecto de los requisitos que autorizan o legitiman una determinada actuación policial).

Para estos efectos, la idea de causa criminal debe ser entendida en sentido amplio, comprensivo tanto de la etapa de investigación como de las fases que se desarrollan ante algún tribunal (la preparación y el juicio oral propiamente tal). A diferencia de lo que ocurre en el falso testimonio, no existe aquí una limitación a los tribunales de justicia, como receptores del mensaje espurio, sino que explícitamente abarca a las autoridades administrativas⁴³.

Sin entrar en detalles sobre la omisión, digamos que el funcionario policial que, en un parte o informe, no consigna declaración alguna relativa a un ante-

41 Esta conclusión es perfectamente compatible con una limitación a la falsedad en la instrucción criminal sobre la base de que las funciones de la policía civil inciden paradigmáticamente en el proceso penal y, al mismo tiempo, con que el fin último de éste dice relación con el establecimiento y el aseguramiento de la responsabilidad. El proceso tiene también otros objetivos, a los cuales colabora la policía, y que, usualmente, están orientados mediatamente al fin último (o su legitimidad y eficacia), como ocurre con los que menciona HORVITZ LENNON, María Inés, en HORVITZ LENNON, María Inés/ LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, reimp. 2008, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 471.

A propósito de la falsedad testifical, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 253, afirman que el criterio de la relevancia ha de hallarse en que la declaración recaiga “sobre hechos capaces de influir en la decisión del asunto, o sea, es preciso que pueda constituir un elemento de prueba”. Esta conclusión, no puede extrapolarse al delito del artículo 22 de la LOPDI, ya que descansa en que la función del testigo es esencialmente probatoria, mientras que la de la policía no aparece limitada únicamente a este campo.

42 Parafraseando a Soler, ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 189, es preciso que “la declaración [en el falso testimonio] puede contribuir, positiva o negativamente a la formación del juicio del juez”.

43 A propósito del falso testimonio, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 274, concluyen que “en la instancia de investigación, ante el fiscal, no puede configurarse el delito que nos ocupa”, sobre la base de que ante el Ministerio Público los testigos no están obligados a prestar juramento o promesa y a que deben “ratificar” su declaración en juicio oral, lo que habría sido confirmado por la actual redacción de la ley que “requiere que la declaración se preste *ante un tribunal*” (destacados en el original). Similar, GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, págs. 110-111.

cedente de relevancia, habrá, objetivamente, faltado a la verdad (sin perjuicio de la atribución subjetiva de esa falsedad). El informe y el parte deben apreciarse como un todo⁴⁴ y la omisión de una circunstancia como esa lo convierte en falso⁴⁵. Distinta es la situación del funcionario que no emite parte o informe alguno, pues mal se podría faltar a la verdad en un objeto inexistente⁴⁶. No es tampoco el caso del que, conociendo un dato, afirma desconocerlo, pues en esta hipótesis se habrá realizado una afirmación (positiva) falsa, que podría configurar el delito⁴⁷.

4. Objeto material

No es indiferente el soporte en el cual el funcionario falta a la verdad. Por el contrario, aparecen limitados a los informes a sus superiores y a los partes enviados a los tribunales o las autoridades administrativas, cuyo sentido es preciso desentrañar para comprender la prohibición subyacente.

a) Parte

La LOPDI no contiene una definición de qué ha de entenderse por “parte” –ni tampoco de informe– y no conocemos doctrina ni jurisprudencia a su respecto⁴⁸.

En la tarea de precisar el alcance de esta expresión, en nuestra opinión, no parece razonable limitarse a los sentidos que se le pudiera atribuir en la prác-

44 Similar, sobre el falso testimonio, por una consideración unitaria de la declaración, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 249; a propósito de los concursos, GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, p. 121.

45 Acerca de las falsedades vertidas en el proceso, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 249; y de la obstrucción a la investigación, LOS MISMOS, *op. cit.*, p. 287; OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 445.

46 Respecto del falso testimonio, la conclusión es la misma; *cf.* ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 191; RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, págs. 249-250.

47 Así, sobre el falso testimonio, ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 190; RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 250. En contra, en el mismo ámbito, GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, p. 114; LABATUT, *op. cit.*, t. II, p. 63; POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *Lecciones PE*, págs. 538-539. La discusión, allí, parece centrarse en la relevancia y substancialidad de la afirmación falsa, porque no tendrá incidencia probatoria (salvo Politoff, Matus y Ramírez para quienes “la estructura típica no lo permite”). En nuestra opinión, la relevancia para el delito en el estudio que una afirmación falsa de este tenor puede tener es palmaria, pues la información conocida, pero silenciada, puede evidentemente influir en el establecimiento de los hechos (confirmando conclusiones, desvirtuando otras, etc.). Por la negativa, en la obstrucción, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 287; OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 446.

48 En la SJG Constitución, 1.7. 2008, RUC N 0600211733-7, RIT 704-2007, sobre la que volvemos más adelante, se da cuenta de una discusión pertinente, sin que se haya emitido un pronunciamiento al respecto.

tica forense⁴⁹, pues no existe un significado unívoco, pero, principalmente, porque, a la luz del bien jurídico protegido (la recta administración de justicia), no se divisa razón para vincular el objeto material con una etapa particular del proceso penal.

Las varias acepciones pertinentes que el Diccionario atribuye a la palabra “parte”⁵⁰ dan cuenta de un hecho que se comunica⁵¹. En cuanto a la naturaleza de los antecedentes comunicados, si bien algunos de los significados dicen relación con la comunicación de hechos del todo desconocidos o novedosos, otros no se ven limitados de esa manera⁵². Dado que la expresión admite también la comunicación de hechos que no son desconocidos del todo por el destinatario, es posible confirmar que la idea de “parte” está desvinculada de una determinada etapa del proceso⁵³.

-
- 49 Que entendemos normalmente vinculado el inicio de un proceso (parte denuncia y, en el caso de audiencia de control de detención, el parte con detenidos). En el Código de Procedimiento Penal, se utilizaba la expresión “parte” en diversas normas (tales como los artículos 83 inciso final; 145 inciso 1°; 156 inciso final, 189 inciso 2°; 206; 285 inciso 2°; 291 inciso 1°). En ellas, la expresión “parte” principalmente se empleaba en relación con etapas iniciales del procedimiento, aunque en algunas no está presente este carácter temporal (como por ejemplo cuando se refiere al informe de la diligencia de entrada y registro o se la vincula con las comunicaciones de peritos médicos). Sin embargo, el Código Procesal Penal dejó de utilizar este término reemplazándolo únicamente por el concepto de comunicaciones (artículos 81, 84, 174 y encabezado del párrafo 2° del Título II del Libro I). Habiendo perdido su vigencia las normas que le atribuían algún sentido a la palabra “parte”, ha de tenerse en cuenta el sentido natural y obvio. Las mismas consideraciones llevan a descartar las posibles limitaciones derivadas de una práctica policial, en cuanto, en este punto, constituye una práctica forense particularizada: el bien jurídico aparece afectado con independencia de las limitaciones que de ellas puedan plantearse. A ello hay que agregar que, si dichos conceptos aparecieran fijados en resoluciones administrativas, se introduce por vía interpretativa una remisión a una norma de complemento de diverso propósito, amén de extremadamente mudable.
- 50 Acepción 20ª: “Escrito, ordinariamente breve, que por el correo o por otro medio cualquiera se envía a alguien para darle aviso o noticia urgente”. Acepción 21ª “Comunicación de cualquier clase transmitida por telégrafo, teléfono, radiotelevisión, etc. Parte de guerra. Parte meteorológico”. En relación con la locución “dar parte”: 1ª acepción: “Notificar, dar cuenta a alguien de lo que ha sucedido, avisarle para que llegue a su noticia”; 2ª acepción: “Dar aviso a la autoridad”; y la 4ª acepción: “Comunicar por escrito regular o eventualmente las novedades o situaciones que hayan podido plantearse.” En: www.rae.es [fecha consulta: 21 junio 2013].
- 51 Por ejemplo las referencia al “aviso o noticia urgente”, a la comunicación “de cualquier clase transmitida”, “lo que ha sucedido”, dar “aviso”, y las “novedades y situaciones que hayan podido plantearse”.
- 52 En el primer grupo puede encontrarse el sentido “Dar aviso a la autoridad”, pues se da aviso de lo desconocido. En el segundo puede encontrarse la referencia a la “comunicación de cualquier clase”, “noticia o aviso urgente”, “lo que ha sucedido”, “novedades o situaciones que hayan podido plantearse”.
- 53 Respecto de la obstrucción a la investigación, la pregunta inversa se plantea OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 439, es decir, si es necesario que exista ya un proceso penal, concluyendo que “[a]nte el silencio del legislador no cabe disponer un requisito adicional

Ahora bien, la exigencia en cuanto a que los partes sean *enviados* a los tribunales o a las autoridades administrativas sugiere que la falsedad ha de constar en un objeto que pueda servir de sustento a las afirmaciones mendaces (papel, alguna forma de soporte electrónico, CD, DVD, etc.), pues sólo así podrá ser remitido de alguna manera⁵⁴. Lo relevante es que la afirmación mendaz esté provista, como consecuencia de su registro en el soporte de que se trata, de cierta permanencia o fijeza, que haga posible que ella se conserve en el tiempo y que permita su conocimiento posterior, pues sólo de esta manera el parte podrá ser enviado. Ello permite excluir la falsedad de una mera afirmación dicha en una conversación, la cual se caracteriza por la inmediatez y la falta de permanencia (sin perjuicio de que, según las características de los hechos, pueda configurarse otro delito). Aunque habitualmente la falsedad en parte se cometerá por escrito, de todos modos es posible que ella sea realizada también verbalmente, en la medida en que conste en un soporte susceptible de ser reproducido y, por ende, remitido, como ocurre con la voz grabada.

De otro lado, el parte debe ser enviado a los tribunales o a las autoridades administrativas. Que sea enviado no sólo demanda que conste en un soporte, sino que además quiere decir que el mensaje contenido en el parte debe estar dirigido a alguna de estas autoridades, es decir, deben ser ellas las destinatarias de la información contenida en el parte. En nuestra opinión, el sentido de los tribunales en cuanto receptores de los partes falsos no se debiera prestar para mayores dificultades, debiendo entenderse por tales todo órgano que ejerce jurisdicción, en la medida en que a los funcionarios de la policía civil les corresponda colaborar en la actividad jurisdiccional, quedando limitado, eso sí, a los que ejercen funciones en materia penal⁵⁵. Por su parte, la expresión autoridad administrativa es menos clara, pero creemos que en ella se comprenden, sin lugar a dudas, los fiscales del Ministerio Público, no sólo por cuanto en general pueden ser estimados como autoridades administrativas⁵⁶, sino principalmente por la función constitucional que les corresponde en el proceso penal y, en particular, durante la investigación de los hechos que revisten caracteres de delitos. A pesar de su creación posterior, somos de la opinión que la inclusión de este órgano constitucional en el concepto de autoridad administrativa, para estos efectos, se explica porque, como conse-

que no reclama la protección del bien jurídico” (también, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 282).

54 Esto se aprecia también en la definición del Diccionario del verbo *enviar*, que en su segunda aceptación consiste en “[h]acer que algo se dirija o sea llevado a alguna parte”. En: www.rae.es [fecha consulta 21 junio 2013].

55 *Supra* III, 3.

56 Aunque respecto de los artículo 266 del CP, SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “Desacato a los Fiscales del Ministerio Público”, en *Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público*, N°13, 2002, *passim*. En el contexto de las “contendidas de competencia”, el Tribunal Constitucional ha considerado al Ministerio Público una autoridad administrativa; a vía ejemplar, STC, 10/12/2009, Rol 1531-09, considerando 7°.

cuencia de la vinculación de esta prohibición con el proceso penal y con las funciones de la policía en él, por tal debe entenderse todo órgano del Estado que juegue un rol en la instrucción y el enjuiciamiento criminal, concepto que comprende, evidentemente, a la fiscalía.

En conclusión, para estos efectos, *parte* es una comunicación de hechos que, por constar en un soporte, su contenido goza de fijeza y permanencia, y que se dirige a la autoridad administrativa o los tribunales llamados a intervenir en el proceso penal.

Una de las consecuencias de su incriminación autónoma es la improcedencia de trasladar los elementos propios de delitos próximos. Por ello, la (discutida) exigencia de solemnidades o formalidades de la falsificación de documento público no resulta aplicable al tipo penal en estudio. Así, nuestro objeto material puede adoptar diversas formas (informe en respuesta a una orden de investigar o instrucción particular, partes dando cuenta de denuncias recibidas, documentos adjuntos o anexos como las declaraciones de los policías que intervienen en las diligencias informadas, etc.), siempre que en ellas un funcionario policial entregue información a los receptores definidos en la ley en un soporte fijo.

b) Informes

Los informes a los superiores, en principio, no están sujetos a la exigencia aplicable a los partes, por cuanto aquí el legislador ha utilizado la preposición “a”, que sólo denota una determinada dirección. Sobre la base del puro tenor literal, podría afirmarse que el funcionario que, en el ejercicio de sus funciones, falta a la verdad al reportar un hecho a su superior incurre en la conducta típica. No obstante, nuevamente el bien jurídico impone una restricción por medio de la cual los informes tienen que estar referidos a una investigación criminal. Aunque la falsedad perfectamente puede cometerse en un informe verbal que no consta en un ningún soporte que le dé fijeza (por permitirlo así las diferencias en la literalidad), sólo se afectará el bien jurídico en la medida en que la información falsa con posterioridad se dirija (o vaya a ser dirigida) a los tribunales o autoridades administrativas con competencias en el proceso penal. En otras palabras, el informe falso a los superiores debe ser un camino para hacer llegar información mendaz a estas autoridades, lo que normalmente ocurrirá a través de un parte que se les remita.

Así las cosas, entendiendo que el sujeto activo, cuando la conducta recae sobre un parte, debe ser el funcionario que por sus funciones debe entregar la información contenida en el parte (quien tiene la obligación de ser veraz en él), puede concluirse que la norma permite sostener la imputación en los casos en que se induce el error, mediante un informe falso, a un instrumento cualifi-

cado no doloso⁵⁷. De hecho, el error del superior aparecía en términos explícitos en el antecedente de la disposición actual⁵⁸. Esta modalidad, capaz de colocar en peligro el bien jurídico, constituye un adelantamiento de la punibilidad, porque el legislador no la condicionó al momento en que se produce la intervención penal en la hipótesis paralela (el envío del parte a la autoridad judicial o administrativa).

5. Faz subjetiva del tipo

El recurso a la voz “maliciosamente” que utiliza la descripción típica, sugiere que la conducta debe ejecutarse con dolo directo. Esta afirmación, con todo, debe ser matizada, cuestión que es posible porque el adverbio no se erige en prueba irrefutable de tal exigencia⁵⁹.

Así, el sujeto debería sólo obrar con dolo directo respecto del núcleo esencial de la conducta (esto es, la falsedad en que incurre en el parte o el informe). Como resultado, debe conocer, con certeza, que aquello que declara difiere de la realidad⁶⁰. No parece que sea necesario, en cambio, que tal exigencia subjetiva concurra respecto de los demás elementos típicos, como ocurre, particularmente, con la relevancia de la falsedad. A su respecto, basta, según nuestra opinión, el dolo eventual. Es perfectamente posible que el sujeto activo sólo se represente como probable que la falsedad incidirá en una investigación penal o que ella modificará la situación procesal del imputado en un sentido determinado, pero –si lo dejó todo al azar, si no manifestó una voluntad de evitación– no existe obstáculo para la concurrencia del elemento subjetivo. Por ejemplo, si el policía, para esconder una falta a sus deberes, redacta un informe sosteniendo que se constituyó en un lugar y observó un elemento determi-

57 Escribe CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2011, p. 620: “Es muy discutido el caso en que un *extraneus* se sirve para la ejecución del delito de un *intranets* que obra sin dolo... si el *extraneus* A, engaña al funcionario B, convenciéndolo de que quien le confió los documentos y papeles en razón de su cargo, desea que los haga desaparecer, destruyéndolos”.

58 La disposición del artículo 1° de la Ley N°14.711 (DO 5/12/1961), derogada por el artículo 32 de la LOPDI, sancionaba las faltas a la verdad “en los informes a sus Superiores, para inducirlos a error”. *Vid.* también LABATUT, *op. cit.*, t. II, p. 64.

59 Como lo ha demostrado, respecto de expresiones como ésta, HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “El delito de lavado de dinero”, en AA. VV., *Informes en Derecho, Ministerio Público*, Santiago, 2005, págs. 330-339, aunque ha de consignarse que EL MISMO, *loc. cit.*, p. 331, n. 19 introduce algunos matices de cautela respecto de giros como “maliciosamente” o “con malicia”.

60 La naturaleza de la conducta, desde un criterio objetivo, no impone la necesidad del dolo directo, como sí lo haría la tesis subjetiva, con arreglo al cual el dolo directo “es una exigencia que emana del concepto mismo de falsedad, que consistiría en la contradicción entre lo que se dice y lo que se sabe” (RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 254).

nado, cuestión que en realidad no hizo, concurre el elemento subjetivo, aunque no esté seguro que la falsedad vaya a perjudicar o favorecer al imputado⁶¹.

Este delito ofrece un amplio espacio para el error de tipo, que se vincula con los conceptos de falsedad⁶². Conforme a sus reglas se han de abordar las diferencias entre el sentido objetivo de la falsedad y la representación del sujeto. En este ámbito, cuando el sujeto se representa como falso el antecedente que finalmente resulta ser verdadero, se configura un error de tipo al revés en perjuicio del agente⁶³.

Finalmente, no es necesario que el sujeto activo se represente, en ningún grado, que la responsabilidad –favorecida o mellada por la falsedad– sea por crimen, simple delito o falta. Estos factores, como se explicará, pertenecen exclusivamente a la norma de sanción, no debiendo ser cubiertos por el dolo⁶⁴.

IV. Culpabilidad

No son pocos los delitos en contra de la administración de justicia para las cuales el ordenamiento prevé eximentes especiales basadas en la proximidad del que resulta favorecido en una causa criminal⁶⁵. Su encuadre, empero, ha

61 En sentido contrario, sobre este punto en el falso testimonio, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 254: “no puede confundirse con la exigencia de un ánimo especial de favorecer o perjudicar, pues es evidente que el tipo no requiere ningún elemento subjetivo diverso del dolo”. Si, en nuestro caso, la relevancia se traduce en un sentido favorable o perjudicial de la falsedad, este elemento debe ser abarcado por el dolo. Así, la falsedad debe tener un sentido determinado, el que debe ser conocido: el sujeto debe representarse que la falsedad es relevante en términos de que mejora o empeora la situación del imputado. Por ende, el conocimiento de esta circunstancia integra el dolo (no se erige en un elemento subjetivo distinto), que no debe ser el fin último y que, en caso de duda sobre el efectivo alcance del mismo, podría ser imputado a título de dolo eventual.

62 En el ámbito del falso testimonio, POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *Lecciones PE*, págs. 539-541. Sin hacer referencia al error, presenta los escenarios posibles en la misma área, GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, p. 116.

63 Sobre su punibilidad como tentativa, puede consultarse, crítico, POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado*, reimp. 2004, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, págs. 110-123, 141. A propósito del artículo 206 del Código Penal, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 253, reconocen “una tentativa imposible de falso testimonio”. Similar, OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 444. Menos categóricos, LOS MISMOS, *op. cit.*, p. 256: “... se suele apreciar tentativa cuando la declaración es objetivamente verdadera, pero el sujeto que la emite cree que es falsa, cfr. MUÑOZ CONDE: Derecho Penal, PE, ob. cit., p. 889”.

64 *Cf. infra*. VI.

65 La de más larga tradición aparece en el encubrimiento (artículo 17 inc. final del Código Penal); más recientes, las previstas para el falso testimonio y la obstrucción a la investigación (artículos 206 inc. final, y el artículo 296 bis, inc. final, ambos del mismo cuerpo legal). Aunque el objeto jurídico difiere, aparece inspirada en el mismo principio el soborno que media en causa criminal a favor del procesado (artículo 250 bis). Otros

dado lugar a dispersión de pareceres entre quienes, mayoritariamente, sostienen que se trata de una causal de exculpación y quienes la relegan a la punibilidad, como una excusa legal absolutoria⁶⁶. Sin perjuicio de lo anterior, es claro que para nuestro delito el legislador no contempló una disposición de esta clase, lo que plantea la pregunta acerca de qué ocurre si un funcionario incurre en el hecho injusto para favorecer a sus cercanos.

Si estimamos que estas disposiciones inciden en la exigibilidad de otra conducta, la exculpación del funcionario que obra para favorecer a personas próximas a él en una causa criminal sólo puede eximirlo al amparo de las reglas generales. Aunque no han faltado voces que, fundadas en el formalismo con que están construidas estas disposiciones, han abogado por la aplicación analógica de dichas circunstancias, la verdad es que, o bien terminan haciendo exigencias materiales propias de las reglas generales⁶⁷, o no son del todo cate-

casos, en el ámbito de la omisión de denuncia (en asociación ilícita, artículo 295 bis del Código Penal; y general, artículo 177 del Código Procesal Penal). En el derecho alemán, ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I: *Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (trad. 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et. al*), reimp. 2007, Civitas, Madrid, 1997, págs. 955-958, menciona casos en la omisión de denuncia contra parientes (§139 III 1) y el favorecimiento personal o frustración de la pena en provecho de un pariente (§258 VI).

- 66 Por causal de exculpación, *v. gr.*, respecto del encubrimiento: BULLEMORE G., Vivian R./ MAC KINNON R., John R., *Curso de Derecho Penal*, tomo II: *Teoría del delito*, 3ª edición, Legal Publishing, Santiago, 2010, p. 146; CURY, *op. cit.*, p. 459; ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, tomo II: *Parte general*, 3ª edición, reimp. 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, p. 11; LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, tomo I, 9ª edición, reimp. 2007, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989, págs. 206-207; NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960, p. 567; POLITOFF L., Sergio/ MATUS A., Jean Pierre/ RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, 2ª edición, reimp. 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 351; VARGAS PINTO, Tatiana, *Manual de Derecho Penal práctico. Teoría del delito con casos*, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, 2010, págs. 141-142. También en esta línea, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, págs. 243, 296 (falso testimonio y obstrucción a la investigación, respectivamente). Apreciando una excusa legal absolutoria, por ejemplo, respecto del encubrimiento: GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, tomo II: *Parte general*, 4ª edición, reimp. 2007, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, *s.d.*, págs. 327-328; NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho Penal. Teoría del delito*, tomo I, McGraw-Hill, Santiago, 1998, págs. 445-446. También, respecto del cohecho, OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “Incoherencias y vacíos en la regulación del delito de cohecho”, en *Doctrina y jurisprudencia penal*, N°9, año 3, 2012, p. 42.
- 67 Aunque en opinión de POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *Lecciones PG*, págs. 351-352, afirman que es posible “representarse la posibilidad una aplicación *analógica* del precepto exculpante, siquiera como una causa *supralegal*, para casos de encubrimiento de personas unidas al hecho por vínculos análogos...”, precisan que “[e]n tales caos, en vez de una presunción de derecho, procedería una investigación judicial sobre los lazos de afección... para fundamentar una situación de *no exigibilidad de otra conducta equivalente, en todo, a la fuerza moral irresistible*”.

góricas⁶⁸. Sea como fuere, quienes proceden de esta manera no plantean aplicar la exención a otros tipos penales similares. Más todavía, contra un intento en esta línea, se alzaría la consagración de reglas expresas sólo para algunos delitos⁶⁹. Adicionalmente, esta comprensión aparece opuesta al entendimiento según el cual las causales de exculpación requieren de reconocimiento legal expreso⁷⁰, lo que permite rechazar su creación por analogía y la existencia de causas de exculpación supralegales.

Aunque es una situación diferente, las mismas consideraciones resultan aplicables si el favorecido es el propio funcionario, es decir, el enjuiciamiento de la culpabilidad debe hacerse siguiendo las reglas generales, sin perjuicio de lo que se dirá a propósito de los concursos⁷¹.

Con todo, la calidad especial del sujeto activo (funcionario de la policía de investigaciones), sugiere, en este caso, un reducido nivel de tolerancia, de lo que se colige una elevación del estándar de exculpación. La calidad de funcionario haría exigible la manifestación de su implicancia y le impondría la obligación de abstención⁷², lo que es coherente con una mayor resistencia a

68 A propósito de la obstrucción a la investigación, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 296, sostienen que, respecto al mismo imputado, “podría intentarse la aplicación analógica de esta exención de pena que estipula el inciso final del art. 269 bis CP o, simplemente, alegar una situación de inexigibilidad de otra conducta” (el destacado es añadido). Sin embargo, LOS MISMOS, *op. cit.*, p. 243, en el falso testimonio son categóricos exigiendo únicamente que “se prueba que existe una relación análoga a las descritas en la normativa procesal, sin necesidad de comprobar su incidencia subjetiva en el testigo”. Similares términos, OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 440.

69 Así concluye GARRIDO, *op. cit.*, t. IV, págs. 119-120, que “el inc. final del art. 206 dice relación exclusivamente con esta figura, y no así con las demás que se describen en el párrafo N°7”.

70 Sostiene CURY, *op. cit.*, p. 450, que “[h]ay, pues, ciertos casos en los cuales el autor de la conducta típicamente antijurídica no es objeto de reproche personal por el derecho, a causa de que, atendidas las circunstancias concomitantes, no le era exigible obrar de otra manera; pero, de acuerdo a la opinión dominante en el derecho comparado, tales situaciones son sólo aquellas determinadas expresamente por la ley”. Con todo, esta cuestión es objeto de debate; *vid.*, POLITOFF/ MATUS/ RAMÍREZ, *Lecciones PG*, págs. 358-360.

71 Respecto del caso del imputado que falta a la verdad, algunos estiman la existencia de un vacío o proponen la aplicación analógica o un exculpación supralegal (BULLEMORE/ MacKINNON, *op. cit.*, t. IV, p. 189; RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, págs. 243, 296). Su concepción como excusa legal absolutoria, debiera descartar la crítica político-criminal; *cfr.* OLIVER, “Incoherencias...”, p. 42; RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, págs. 352-353.

72 Según se lee en el Dictamen N°10.829, 15/2/2013, de la Contraloría General de la República, “el artículo 62, N°6, de la mencionada ley N°18.575, preceptúa que contraviene especialmente dicho principio el participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad, añadiendo tal disposición... que las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de intervenir en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que los afecta”.

apreciar una situación de inexigibilidad⁷³. El mayor nivel de exigencia subyace al hecho de que, en general, el orden jurídico no establezca disposiciones que presuman *jure et de jure* dicha situación en atentados contra la administración de justicia con sujetos activos cualificados⁷⁴.

V. Iter criminis

- a) Si se trata de un *parte*, el objeto material aparece determinado en el tipo penal por el calificativo “enviado”. Por esta razón, de un modo similar a lo que ocurre con las formalidades posteriores de la deposición de los testigos en el falso testimonio⁷⁵, la consumación del delito del artículo 22 de la LOPDI se produce cuando el parte ha sido enviado a alguno de los destinatarios relevantes. Ello se explica porque, si bien el sujeto ha satisfecho las exigencias de la conducta derivadas del verbo rector (ha faltado a la verdad), mientras la remisión del parte no tenga lugar, la actividad no recaerá aún en un objeto material idóneo. No parece relevante para el análisis que el envío pueda estar fuera del ámbito de actuación del sujeto activo (el parte podría ser enviado por otra persona), pues, como ocurre con la firma del juez en la testifical civil, ello es necesario para la idoneidad del objeto material y no importa una segunda conducta incriminada. Mientras el envío no tenga lugar, habrá tentativa, si se ha dado principio de ejecución al hecho. Demás está decir que, para la consumación, no es preciso que el parte sea recibido en el tribunal.
- b) Ahora bien, si estamos frente a un *informe*, no es necesario su envío posterior a los superiores jerárquicos, de suerte que tal evento no condiciona la consumación. La tentativa se habrá configurado en la medida en que en el caso concreto la conducta haya podido fraccionarse y se haya ejecutado parcialmente, sin alcanzar a completarse (por ejemplo, comenzó a redactar el informe falso). Como se mencionó, dado que el informe que se dirige a los superiores jerárquicos debe estar orientado a incidir de manera relevante en una causa penal, se produce un adelantamiento de la punibilidad, pues ella no aparece condicionada en esta hipótesis a la trasmisión

73 *Vid.* HERNÁNDEZ, Héctor, en HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor/ COUSO SALAS (directores), Jaime, *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Legal Publishing, Santiago, 2011, p. 256.

74 En la obstrucción a la investigación cometida por un fiscal del Ministerio Público o un abogado asistente de fiscal (artículo 269 ter) no existe una disposición como la prevista para la obstrucción a la investigación común (artículo 269 bis). En la omisión de denuncia de delitos de drogas cometida por funcionarios públicos (artículo 13 de la Ley N°20.000) no se contempla una eximente como la que contemplan otras modalidades de este delito.

75 Por esto, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 255.

sión posterior de la información falsa a los tribunales o a las autoridades administrativas.

Así, es posible concluir que en ambos casos la falsedad en partes o informes policiales constituye un delito de *mera actividad*, por cuanto, la consumación no exige un resultado posterior que se diferencie, en el tiempo y en el espacio, de la conducta falsaria. Con arreglo al entendimiento doctrinario dominante, la figura no admitiría frustración, sino únicamente tentativa.

Ahora bien, en ningún caso es preciso que la administración de justicia se vea efectivamente menoscabada. En parte alguna del tipo penal exige que la información mendaz haya sido tomada en cuenta por el tribunal al resolver el asunto, ni siquiera que haya estado próximo a hacerlo⁷⁶. Bastando que la falsedad sea relevante (que pueda perjudicar o beneficiar al imputado), debe entenderse que es éste un delito de *peligro abstracto*, pues basta con que la conducta pueda ser considerada peligrosa.

VI. Penalidad

Como hemos destacado, el artículo 22 de la LOPDI efectúa a una remisión a los artículos 206 y 207 del Código Penal para efectos de penalidad. Con anterioridad a la Ley N°20.074 (D.O. 14.11.2005), dichas disposiciones se ocupaban del falso testimonio prestado en causa penal; la primera de ellas se encontraba reservada a aquel prestado en favor del reo, en cambio que la segunda sancionaba la falsedad testifical que lo perjudicaba. Los delitos contra la administración de justicia cometidos por particulares fueron “objeto de una importante modificación, realizada por la Ley N°20.074, de 14 de noviembre de 2005, que tuvo como objetivo adecuar el §7, del Título IV del Libro Segundo del Código Penal a las características del nuevo proceso penal, entendiendo que dichas características constituirían el mejor mecanismo disuasor de estos ilícitos”⁷⁷. Como resultado de estas modificaciones, actualmente el artículo 206 concentra la totalidad del delito de falso testimonio, mientras que el artículo 207 contiene un tipo penal diverso –la presentación

76 Es la conclusión respecto del falso testimonio, *cf.* CORTÉS, “Sentencia...”, págs. 90-93. Dado que el hecho puede acontecer durante la instrucción, le resultarían aplicables las reflexiones de OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 433, respecto de la obstrucción a la investigación: “Se protege uno de los presupuestos necesarios para una correcta administración de justicia, esto es, la actividad de investigación..., pero el tipo no requiere que se afecte la función jurisdiccional” (lo mismo, RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 277). En este caso, no se requeriría siquiera la afectación de la investigación.

77 RODRÍGUEZ/OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 237. Así también LOS MISMOS, *op. cit.*, págs. 267-268; OSSANDÓN, “Los delitos...”, p. 421.

de pruebas falsas— que antes aparecía recogido en el artículo 212 del Código Penal⁷⁸.

Así, para determinar el marco penal abstracto, existen dos posibilidades: la primera de ellas supondría considerar las penas originales previstas para el falso testimonio en causa criminal; la segunda alternativa nos obligaría a aplicar las penas actuales de los artículos 206 y 207. En nuestra opinión, corresponde dar aplicación a las sanciones modificadas del falso testimonio (y la presentación de pruebas falsas). No nos fundamos en que podría considerarse eventualmente una norma más favorable; por el contrario, esta conclusión se impone, principalmente, por la forma en que el legislador equiparó la penalidad del delito del artículo 22 de la LOPDI y del falso testimonio. En efecto, no se limitó a asociarles las mismas sanciones, sino que, además, al hacerlo a través de una remisión normativa, buscó que las modificaciones futuras que experimente el segundo produzcan efectos también en el primero. Si éste no hubiese sido el efecto perseguido, el legislador debió haber reiterado expresamente las mismas penas para el segundo delito. Al imponer las penas de esta manera, necesariamente se previó que este efecto particular se produciría, por lo cual la disposición manifiesta claramente la intención de valorar las situaciones descritas en ambos tipos penales como equivalentes, pues no sólo les impone igual pena por cuestiones circunstanciales, sino que, incluso, buscó que esa equivalencia valorativa, expresada en la penalidad, perdurase ante subsecuentes modificaciones legales, salvo que el legislador futuro explícitamente decidiese romperla. Se trataría, así, de una remisión dinámica⁷⁹, atendido, además, que no existe ninguna indicación en la ley que sugiera una voluntad de eximirla del alcance de futuras reformas⁸⁰.

Esta opción interpretativa no da lugar a mayores problemas derivados de que la remisión termine realizándose, actualmente, a disposiciones que contienen dos tipos penales diferentes, por cuanto “[l]as penas por el delito de presen-

78 Sobre los problemas vinculados con la supervivencia y aplicación de los artículos 209 y 210 del Código Penal, referidos al falso testimonio en causa civil y el perjurio, *vid.* RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, n. 64, p. 258. Véase también, por la segunda norma, OLIVER CALDERÓN, Guillermo, *Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, n. 48, p. 37.

79 Es decir, “un procedimiento para lograr un normativa unitaria (...) y conseguir una adaptación automática de la regulación de que se trate a los cambios que experimenten el objeto de la remisión” (SALVADOR CORDECH, *La forma de las leyes*, p. 236, cit. por OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009, p. 177).

80 “El carácter estático no se presume, porque ‘mantener *per relationem*, por referencia, a ciertos efectos (a los de la normativa de remisión) vigente el texto de una regla que, a todos los demás, ha sido modificada (y, por tanto, derogada) es algo que, entre otros requisitos, requiere cierta *expresividad*” (OSSANDÓN, *La formulación...*, p. 177, citando a SALVADOR CORDECH, *La forma de las leyes*, p. 235).

tación de pruebas falsas son en todo equivalentes a las que corresponden por falso testimonio”⁸¹.

Resta aún una cuestión por resolver. Sobre la base de la regulación original del falso testimonio, la remisión terminaba estableciendo una penalidad únicamente para el caso en que el informe o parte incidiera en una causa penal, pues sólo esas hipótesis se encontraban cubiertas en los artículos 206 y 207 del Código Penal. Actualmente, en cambio, la penalidad contenida en los artículos 206 y 207 también resulta aplicable a lo que acontece fuera de procesos criminales. Cabe preguntarse, entonces, si la aplicación de la figura de falsedad en parte o informe policial continúa limitada únicamente a causas penales.

En nuestra opinión, la remisión que efectúa el artículo 22 de la LOPDI aparece dirigida a la norma de sanción contenida en los artículos 206 y 207 del Código Penal, pues así se colige del tenor literal, que hace referencia únicamente al castigo (“...será castigado con arreglo a los artículos 206 y 207 del Código Penal”). Esta conclusión se ve abonada si se recuerda que la vinculación entre la falsedad en partes o informes policiales y el falso testimonio busca mantener relaciones de proporcionalidad entre ambas figuras penales, pues, como se mencionó, las futuras modificaciones de una incidirán automáticamente en la otra. En efecto, si se persigue mantener relaciones de proporcionalidad, a través de una equiparación diacrónica de la penalidad, es evidente que la remisión se realiza a la norma de sanción⁸². *A sensu contrario*, cada una de las figuras penales constituye un supuesto de hecho distinto, de suerte que, aunque se valoran como equivalentes, no comparten su estructura típica en virtud de la remisión. En otras palabras, no es posible “trasplantar” elementos típicos del falso testimonio a la falsedad en partes o informes policiales, ni viceversa; antes bien, sólo cabe buscarlos en las respectivas descripciones típicas. Por ello, las consecuencias que se extraigan de la remisión deben ser las estrictamente necesarias para permitir la operación de la norma de sanción, es decir, de los elementos que pertenezcan a ella.

Ahora bien, tanto antes de la Ley N°20.074, como después de ella, la aplicación de las penas (relativas a las causas criminales) demanda conocer si la

81 RODRÍGUEZ COLLAO/ OSSANDÓN WIDOW, *op. cit.*, p. 266. Las diferencias entre uno y otro régimen de penalidad, referidas a penas especiales a ciertos sujetos calificados (peritos, intérpretes, abogados, fiscales del Ministerio Público), no incidirían en este caso porque la figura penal en estudio tiene un sujeto activo especial.

82 Según OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 173, “[o]perar señalando a un hecho la penalidad que se fija para otro en distinto lugar, a veces se justifica por razones de economía legislativa..., o bien, tiene como objetivo equiparar la penalidad de los hechos, de modo tal que si varía la pena impuesta a uno de ellos, se modifique automáticamente para el otro supuesto”. Por las críticas a esta técnica, que permitiría calificar a la disposición de ley penal en blanco al revés, *loc. cit.*

conducta se realizó a favor o en contra del imputado⁸³. Sin esta circunstancia resulta imposible aplicar las sanciones a que se hace remisión, pues para fijar la penalidad se distingue si la conducta favorece o no al imputado, de lo que se colige que esta cuestión pertenece a la norma de sanción y, por ende, es objeto de la remisión del artículo 22 de la LOPDI. Lo mismo puede decirse respecto de las menciones al carácter de crimen, simple delito o falta.

Aunque ambos factores demandan la necesidad de una causa o investigación penal en la descripción típica de la falsedad en partes o informes policiales (si no hay causa penal no puede existir imputado, acusado, procesado, reo al que favorecer o perjudicar), en realidad, esta última exigencia aparece incardinada en la misma norma típica del artículo 22 de la LOPDI, como hemos adelantado. Este elemento se deduce de la conducta consistente en faltar a la verdad, por lo que, como se explicó, la falsedad ha de ser sustancial o relevante. Estas características deben identificarse con la posibilidad de que la falsedad perjudique o favorezca al imputado, pues intervenir en las indagatorias destinadas a fundamentar o descartar la responsabilidad penal es la función principal de la Policía de Investigaciones⁸⁴. Así las cosas, el carácter favorable o perjudicial, relevante según la norma de castigo que resulta aplicable al delito del artículo 22 de la LOPDI, sólo viene a confirmar que el tipo penal implícitamente requiere que los partes o informes falsos incidan en una causa criminal⁸⁵.

No se deduce este elemento del tipo de la falsedad en partes o informes policiales de que un requisito análogo haya podido hallarse como elemento del tipo penal del falso testimonio (o de la presentación de pruebas falsas), pues supondría extender el alcance de la remisión. En efecto, que la conducta falsaría recaiga en una causa de carácter criminal constituye un elemento del tipo penal del falso testimonio, ya que, según nuestra opinión, parece difícil, por un lado, comprender la materia de esta prohibición en concreto sin la referencia a un proceso judicial (el solo faltar a la verdad no es típico). De otro lado, tam-

83 Aunque la actual redacción de estas disposiciones no hacen referencia a expresa a obrar a favor del acusado, pareciera ser ese el entendimiento. Así, BULLEMORE/ MACKINNON, *op. cit.*, t. IV, p. 198, afirman que el “artículo 206 contempla la sanción de quien presta falso testimonio (testigo) o perjura (perito o intérprete) a favor o en contra del imputado o de parte en un proceso”. Similar, al tratar la concurrencia de declaraciones de signo opuesto, RODRÍGUEZ COLLAO/ OSSANDÓN WIDOW, *op. cit.*, p. 259, mencionan la que favorece y la que perjudica al acusado.

84 *Vid. infra* nn. 88, 89, 90 y 91.

85 Si para aplicar la pena debemos saber si la falsedad se cometió en beneficio o en perjuicio del imputado, es razonable suponer que existe un elemento en el tipo coherente con esta distinción (que puede anclarse en la relevancia). Así el carácter perjudicial o favorable pertenece tanto al tipo como a la norma de sanción. Respecto del falso testimonio, ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 193, sin distinciones, concluye que el mismo sentido que, “si es absolutamente imposible determinar si la declaración, aunque se sepa que es falsa, viene a favorecer o a perjudicar al imputado, el hecho resulta *impune...*” (cursivas añadidas).

poco es sencillo disociar el proceso judicial de la materia sobre la cual recae por otras razones. Con anterioridad a la reforma de 2005, sistemáticamente el falso testimonio en causa civil y en causa penal eran tratados en artículos diferentes (artículos 206 y 207, por un lado, y 209, por el otro). Aunque con la redacción actual el falso testimonio se encuentra reunido en un único artículo, sostener que por ello ha mudado su naturaleza (de elemento del tipo a factor indispensable para aplicar la norma de sanción) supondría desconocer que los procesos judiciales no existen en abstracto, sino que son realidades materiales que siempre pueden ser incluidas en una y otra categoría⁸⁶. Con ello, se olvidaría que cada situación siempre ha recibido y sigue recibiendo una valoración diferente⁸⁷. Finalmente, pareciera que las modificaciones a la regulación del falso testimonio no pretendieron alterar las relaciones en este plano, ya que la reunión de los distintos tipos penales en un único artículo parece haber obedecido a la finalidad de alterar el régimen de penalidad⁸⁸. Puede concluirse, entonces, que la naturaleza del proceso en que recae el falso testimonio integra la materia de la prohibición de esta figura penal, y por ende, escapa a la norma de sanción, que es el objeto de la remisión estudiada.

Ahora bien, nada sugiere que las modificaciones de la Ley N°20.074 busquen introducir una reforma particular en la descripción típica contenida en el artículo 22 de la LOPDI, de modo que la modificación del legislador de 2005, debiera producir únicamente el efecto originalmente previsto, es decir, la conservación de la equivalencia penológica frente a futuras reformas. En

86 Desde la perspectiva formal, la descripción típica siempre ha girado en torno a la idea de prestar falso testimonio o faltar a la verdad en una causa que se especifica. Por ejemplo, la antigua versión del artículo 206 sancionaba al “que en causa criminal diere falso testimonio...”, mientras que la actual hipótesis delictiva que más se le acerca es del todo semejante al amenazar con una pena al “testigo, perito o intérprete que ante un tribunal faltare a la verdad... si se tratare de proceso penal por crimen o simple delito”. El proceso, que coloca a la mentira en el círculo de lo ilícito, ha aparecido siempre calificado. No altera lo anterior que hoy por hoy el tipo mencione que la conducta se debe realizar ante un tribunal, pues ella no es suficiente para aprehender el hecho prohibido, si se tiene en cuenta que “no puede afirmarse que el falso testimonio prestado en *causas no contenciosas* o de *jurisdicción voluntaria* sea un delito contra la Administración de Justicia... [e]s por ello por lo que debe incluirse como un delito contra la función pública, en términos generales –aunque ejercida en estos casos, por los propios tribunales de justicia–, al igual que el perjurio cometido ante autoridad administrativa, figura con la que aparece residualmente tipificado (art. 212 CP)” (RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 248)..

87 En el mensaje presidencial se reconoce que “las hipótesis más graves” se tratan “precisamente... de investigaciones o causas criminales” (*Mensaje presidencial*, en Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N°20.074. Modifica los Códigos Procesal Penal y Penal [en línea]*, en: <http://www.leychile.cl/Navegar/scripts/obtienearchiv.o?id=recursoslegales/10221.3/480/1/HL20074.pdf> [fecha consulta 21 junio 2013], p. 11.

88 En el mensaje presencial se lee que “en materia de penalidad, la reorganización de los tipos ha conducido a preferir un marco más flexible, en general equivalente a la situación anterior” (*Mensaje...*, *op. cit.*, págs. 10-11). Sugiere entonces que las modificaciones perseguían alterar el contenido de la norma de sanción (subir o bajar la pena), más no su estructura (agregar o sacar factores que sean relevantes para su determinación).

consecuencia, el hecho de que hoy se aúnen el falso testimonio en causa civil y criminal en un único artículo no debería producir un efecto reflejo en la falsedad en partes o informes policiales, porque dichos elementos no integran la norma de sanción. En otras palabras, si con anterioridad no era posible entender captadas por la descripción legal las conductas que incidían en causas civiles, la reforma de la Ley N°20.074 no puede ampliar su alcance a las causas civiles, porque incide en la falsedad en parte o informe sólo de manera refleja, a través de la penalidad. Como contrapartida, las modificaciones de 2005 en la magnitud de las sanciones (en la medida en que integra a la norma de sanción asociada al falso testimonio en causa criminal), sí terminarán siendo aplicables a la falsedad en partes o informes policiales.

Por ello, habría de concluirse que sólo las sanciones para las causas criminales actualmente previstas en el artículo 206 y 207 se condicen con el elemento de relevancia de la falsedad en partes o informes policiales (sino se pretendería que hubiese una pena prevista sin correspondencia en la conducta descrita). Además, la limitación de las causas civiles parece coherente con la conclusión alcanzada en cuanto a que la función tradicional de la Policía de Investigaciones diga relación con la instrucción penal. Creemos que no es obstáculo que eventualmente la policía civil intervenga en causas civiles⁸⁹, pues su función principal y paradigmática es en materias criminales, tanto desde una perspectiva normativa⁹⁰, como histórica⁹¹; en cambio, su rol en materias ajenas al ámbito punitivo normativamente aparece como excepcional⁹².

89 Lo reconoce así el artículo 5° de la LOPDI que, en su parte pertinente, prescribe que “Corresponde en especial a la Policía de Investigaciones de Chile... dar cumplimiento... a las órdenes emanadas de las autoridades judiciales...”.

90 El artículo 4° de la LOPDI dispone que “[l]a misión fundamental de la Policía de investigaciones de Chile es investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dice el Ministerio Público, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones de los fiscales”. Sostiene HORVITZ LENNON, *op. cit.*, t. I, p. 175, que el artículo 79 del Código Procesal Penal “sienta el principio... de que la investigación de los delitos corresponde, en primer lugar, a la policía civil, y sólo en subsidio a la policía uniformada”.

91 HORVITZ LENNON, *op. cit.*, p. 176, luego de declarar que la policía civil está “llamada a realizar, desde sus orígenes, una función esencialmente investigativa”, precisando loc. cit. n. 167 que, cuando “[e]n 1927, Carlos Ibáñez del Campo unificó las diferentes policías fiscales, las municipales y el Cuerpo de Carabineros dependiente del Ejército... Investigaciones se constituyó como una rama específica dentro de Carabineros de Chile. Fue durante el gobierno de Arturo Alessandri, a través de una ley publicada en junio de 1933, que se la separó definitivamente de la policía uniformada, pasando a depender del Ministerio del Interior. Se adujo como justificación de la separación institucional, primero, la necesidad de conferir a Investigaciones un carácter eminentemente civil, de modo que el fuero militar no pudiera ser motivo de delitos y abusos; y, en segundo lugar, que la separación promovería la capacitación técnica de Investigaciones, obstaculizada por su subordinación institucional a la policía uniformada...”.

92 Con arreglo al artículo 7°, inc. 2°, de la LOPDI, “[l]os funcionarios de la Institución no podrán ser empleados para el cumplimiento de resoluciones judiciales de carácter civil, salvo que una ley expresamente así lo disponga”.

En conclusión, la remisión que realiza el artículo 22 de la LOPDI debe entenderse realizada sólo a las penas que se asocian al falso testimonio y a la presentación de pruebas falsas en un proceso criminal.

No parece suficiente para extender, después de 2005, la aplicación del artículo 22 de la LOPDI también a causas civiles, la circunstancia de que la literalidad del tipo no las excluya explícitamente. Ello supondría entender que el elemento de relevancia o substancialidad de la falsedad siempre estuvo referido tanto a causas civiles como criminales, no obstante lo cual el legislador sólo le asoció una pena a la falsedad en investigaciones criminales. Esta posibilidad parece incompatible con una remisión, originalmente, tan clara a la penalidad de la falsedad en causa penal, lo que importaría un error del legislador a tal punto grueso que es poco creíble (¿si buscaba incluir los procesos de cualquier naturaleza, cómo no habría advertido que estaba imponiendo pena sólo a las causas criminales?). Antes bien, es más razonable la conclusión contraria en cuanto a que siempre se entendió que la prohibición estaba limitada a las causas criminales y el legislador, de un modo racional, sólo impuso las penas para este caso, lo que es además coherente con la historia de la institución y con el contexto normativo en que se inserta el tipo, el cual afirma enfáticamente la vinculación de sus funciones con la instrucción criminal. Así, como la exclusión de las causas civiles es consecuencia de la exigencia relevancia de la falsedad, mal podría una reforma que incide en la norma de sanción, extender el ámbito de la descripción típica.

Como resultado, corresponde efectuar las siguientes distinciones:

- 1° Si la responsabilidad era por falta: la pena corresponderá a presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de 6 a 20 UTM; o
- 2° Si la responsabilidad era por crimen o simple delito, en cuyo caso habrá que subdistinguir:
 - a) Si el parte o informe falso favorece al imputado: la pena será de presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 20 a 30 UTM; o
 - b) Si el parte o informe falso perjudica al imputado: (se deben aplicar los inciso 3° y 4° de los artículos 206 y 207, respectivamente, que disponen que si la conducta se realizare contra el imputado o acusado en proceso por crimen o simple delito, la pena se impondrá en el grado máximo) resultaría una pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 20 a 30 UTM.

VII. Concursos

Respecto del falso testimonio, la doctrina soluciona desde la perspectiva de los concursos el problema de las declaraciones falsas que son simultáneamente favorables y perjudiciales, ya para una misma persona, ya para imputados distintos. Se aprecia, en casos como estos, un concurso aparente que se decanta

por la declaración desfavorable⁹³. Las mismas razones son aplicables a los partes o informes policiales falsos que, son a la vez, favorables y perjudiciales.

Sin entrar en detalles sobre la relación con los demás delitos contra la recta administración de justicia (probablemente regidos por relaciones de especialidad, salvo hipótesis de fundamento diverso), conviene destacar que su penalidad es equivalente a la del falso testimonio, pero más elevada que la de la obstrucción a la investigación. Sin embargo, la magnitud de la sanción penal se revela menos severa que la falsificación de documento público. Con todos ellos ciertamente puede apreciarse alguna relación⁹⁴, pero la búsqueda en cualquiera de ellos de un correlato “común” es una tarea inútil. La nuestra es una figura con fisonomía propia, que impide considerarla una mera hipótesis delictiva especial, que en todo responda a un esquema común diferenciada únicamente en un solo factor distintivo. Como son cuestiones fácticas azarosas las que podrían terminar modificando la magnitud de la penalidad y no se trata de una relación estable a nivel legal, en nuestra opinión, no es posible considerarla una figura calificada o privilegiada de ninguna de ellas, al menos, en lo que diría relación con la aplicación del artículo 64 del Código Penal⁹⁵. Para estos efectos, entonces, debiera contársela entre las figuras especiales propias⁹⁶.

La relación entre el delito encubierto y la figura atentatoria de la función jurisdiccional encaminada a esconderlo se tiende a resolver según el principio de consunción en favor del primero⁹⁷. No puede desconocerse, sin embargo, que en este ámbito delictivo, la solución concursal aparece anticipada por una decisión legislativa más o menos expresa⁹⁸, la que, en todo caso, no está pre-

93 Por el principio de consunción, ETCHEBERRY, *op. cit.*, t. IV, p. 193; RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 259.

94 Por ejemplo, en cuanto puede cometerse respecto de la investigación penal, sería una forma de obstrucción a la investigación. Como el policía podría prestar declaración en el potencial juicio oral, podría ser una forma de anticipación de punibilidad del falso testimonio. Finalmente, dado que el funcionario falta a la verdad en un documento emitido en el ejercicio de sus funciones, podría estimarse una hipótesis especial.

95 *Cf.*, CORTÉS ZEPEDA, José Luis, “Comentario de la SCA Concepción de 13 de diciembre de 2010 (Rol: 566-2010)”, en *Doctrina y jurisprudencia penal*, N°8: *Concepto de “empleado público” y problemas de comunicabilidad*, Año 3, p. 97.

96 En contra de la distinción, MAÑALICH R., Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, volumen 7, número 14, diciembre 2012, p. 358, sostiene que “en rigor, no hay tal cosa como un ‘delito especial impropio’”.

97 En la obstrucción, OSSANDÓN, “Los delitos...”, págs. 440, 456; RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 296. Algunos de ellos también instan por la aplicación analógica de las normas especiales fundadas en la inexigibilidad; al respecto remitimos a la lo dicho a propósito de la culpabilidad.

98 En el encubrimiento, el artículo 17 del Código Penal sanciona a quien “sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices” interviene como encubridor. Lo

sente en la regulación aquí estudiada. Adicionalmente, difícil resulta imaginar que un funcionario de la policía deba emitir un informe que incida en una investigación dirigida en su contra. Pero, si lo encubierto con el informe o parte mendaz fuera su responsabilidad en otros hechos –distintos de los investigados en las causa en que incide la falsedad–, la cuestión exigiría un análisis respecto de la intensidad criminal del hecho encubierto y del informe falso, sin perjuicio del posible resurgimiento de la norma desplazada⁹⁹.

Volviendo a la falsificación de documento público, conviene no olvidar que su aplicación al supuesto de hecho del artículo 22 de la LOPDI exigiría determinar si los partes (o los informes que no sean verbales) pueden contarse entre los instrumentos públicos de los artículos 193 y 194 del Código Penal. Aunque esta tarea es especialmente compleja (por la falta de un concepto en la regulación y la dispersión de pareceres en nuestra doctrina), los partes dirigidos por funcionarios policiales a las autoridades administrativas o judiciales en el ejercicio de sus funciones se encuentran muy próximos al núcleo del concepto, pues se trataría de documentos emitidos por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones y que están sujetos a requisitos reglamentarios de forma. Con todo, el principio de especialidad haría aplicable nuestro delito, permitiendo, de paso, soslayar cualquier incertidumbre derivada de la ambigüedad de este concepto¹⁰⁰.

propio ocurre en el falso testimonio ya que, amén de que el imputado no puede ser testigo ni es juramentado (*vid.*, RODRÍGUEZ/ OSSANDÓN, *op. cit.*, p. 240), el inciso final del artículo 206 exime de responsabilidad “a quienes se encuentren amparados por cualquiera de los supuestos a que se refiere el artículo 305 del Código Procesal Penal”, norma que a su vez dispone, en el inciso 1°, que “[t]odo testigo tendrá derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pudiere acarrearle peligro de persecución penal por un delito”. En lavado de dinero, por su parte, existe una solución legislativa expresa de signo opuesto, según la cual, “[s]i el que participó como autor o cómplice del hecho que originó tales bienes incurre, además, en la figura penal contemplada en este artículo, será también sancionado conforme a ésta” (artículo 27 inciso final de la Ley 19.913).

99 Conforme señala MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “Comentario Artículos 74 a 78”, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/ ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I: *Libro Primero Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 393, “no surgen problemas dogmáticos o conceptuales a la hora de admitir en general, pero no sin excepciones, el *resurgimiento de la ley en principio desplazada*, esto es, la aplicación de ésta cuando no se presentan en los hechos todos los requisitos de punibilidad o de procesabilidad de la ley en principio preferente, así como cuando el castigo por ésta se encuentra impedido, por existir un error en el agente sobre un elemento del delito en principio preferente, por no serle aplicable al partícipe una característica especial atribuible sólo al autor principal, o por haber sido éste indultado, o que con posterioridad el delito preferente sea amnistiado o prescriba, o la ley preferente sea derogada, etc.”.

100 La penalidad más benigna de la falsedad en partes o informes policiales, profundizada por la Ley N°20.074, podría explicarse en que este documento no estaría naturalmente destinado a una circulación en el tráfico jurídico, sino que su efecto aparece, normalmente, limitado a la afectación de la función jurisdiccional.

VIII. Pronunciamientos judiciales

A modo de conclusión, haremos una mención de los criterios acogidos en fallos de nuestros tribunales que recaen en el delito de falsedad en parte o informe. El número reducido de ellos y el hecho de que probablemente no se han influenciado recíprocamente, nos ha inclinado por abordarlos en un lugar separado, en vez de incluir referencias a lo largo del texto. Por ende, esta sección está orientada a determinar si existe coincidencia entre los antecedentes disponibles y, a su vez, con las conclusiones expuestas *supra*. Con ello se busca determinar, respectivamente, si existen bases para la construcción de una jurisprudencia o espacios para revisar las conclusiones alcanzadas o criticar los antecedentes jurisprudenciales.

Vinculado con el objeto material, los fallos en cuestión admiten que los partes que se dirigen al Ministerio Público satisfacen las exigencias típicas, de suerte que, es posible colegir que el referido ente persecutor constituye una autoridad administrativa para los efectos de la falsedad en parte o informe. En la sentencia de Calama¹⁰¹, la falsedad se incurre en un parte policial que se envió al Ministerio Público y llegó al poder de un fiscal. Por su parte, los hechos cubiertos en la sentencia del tribunal de Santiago¹⁰² recaen en el parte policial dirigido a una fiscalía regional metropolitana, el que da origen a una investigación por recepción.

101 STJOP Calama, 6.9.2011, RUC 0900809735-3, RIT 123-2011. SCA Antofagasta, 25.10.2011, Rol 257-2011 rechazó los recursos de nulidad en su contra, mientras que la SCS, 16.4.2012, Rol 10.585-11 no acogió el recurso de queja intentado. Los hechos que el tribunal estimó acreditados, en lo pertinente, consisten en la información dirigida al Ministerio Público mediante un parte policial relativa a la adopción del procedimiento como consecuencia de un llamado anónimo de una voz femenina y a que los detenidos se dieron a la fuga. Sin embargo, el tribunal sostiene que la información la obtuvieron de otra persona y que los imputados fueron aprehendidos cuando intentaron abordar el vehículo, sin que hayan intentado darse a la fuga (considerandos 12° y 13°).

102 SJG (12°) Santiago, 12.3.2013, RUC 1101000763-3, RIT, 4769-2012, confirmada en la parte apelada por SCA San Miguel, 1.4.2013, Rol 375-2013 (con certificado de ejecutoria de 6.4.2013). Los hechos sobre los que ésta recayó decían relación con un procedimiento policial en que se investigaba el robo a una casa de cambios, en el cual se ingresó a un inmueble por autorización voluntaria del imputado, la que fuera obtenida argumentando que se obraba por una denuncia anónima sobre tráfico de drogas, en circunstancias que lo presumido derechamente era el robo. En el contexto de esta diligencia se descubrió una gran cantidad de dinero y una caja de municiones. Además de aceptar del detenido parte del producto del robo investigado y apropiarse de otro tanto (para lo cual sustituyeron parte del dinero por billetes falsos), los funcionarios policiales informaron al Ministerio Público de las diligencias practicadas faltando a la verdad en cuanto al origen de la misma (pretendida denuncia anónima por tráfico de drogas), la cantidad de dinero incautada (en lugar de no menos de ocho millones, consignaron haber incautado poco más de dos) y los objetos encontrados en el inmueble (omisión del hallazgo de las municiones). El tribunal condenó, entre otros delitos, por la infracción del artículo 22 de la LOPDI..

Tanto en el caso de Calama como en el de Santiago, el documento en que se incurre la falsedad recibe la denominación de “parte policial” e incide en etapas tempranas de la investigación. A diferencia de lo anterior, la sentencia de Constitución dice relación con un documento denominado de otra forma, y aunque se intentó afirmar que era un complemento de un parte, la sentencia no contiene pronunciamiento al respecto, por cuanto arribó a una decisión absoluta por razones de otra índole¹⁰³.

La relevancia también puede apreciarse en los hechos en que se pronunció sentencia condenatoria. En los hechos de Santiago, en un ingreso al domicilio registrado invocando una denuncia anónima de tráfico de drogas, ésta –que en realidad no tuvo lugar– sirve de antecedente para atribuir legitimidad al accionar policial y las pruebas recabadas; la cantidad inferior de dinero incautada y la omisión del hallazgo de las municiones impresionan también como portadoras de relevancia: otorgan base para justificar una participación de menor entidad (por ejemplo un encubrimiento parcial) o para acreditar un objeto material de inferior cuantía (con la relevancia al menos para la determinación judicial de la pena dentro del grado). Mientras la primera falsedad se dirige a perjudicar al imputado (pues le atribuye legitimidad a una diligencia que le desfavorece), las segundas le benefician. En el caso de Calama, por su parte, la afirmación falaz relativa al inicio del procedimiento es relevante, si se considera que haber consignado la verdadera fuente de la información hubiese expuesto al descubrimiento de las tratativas ilícitas o irregulares que con ella se mantenía, con la consiguiente irrelevancia penal del hecho o la ineficacia de la prueba obtenida¹⁰⁴. El segundo aserto mendaz, vinculado con las circunstancias de la detención, debe ser asimismo considerado sustancial si se tiene en cuenta que la fuga después de estar a bordo del vehículo, amén de constituir un sugerente indicio, puede tener relevancia para el grado de

103 SJG Constitución, 1.7.2008, RUC 0600211733-7, RIT 704-2007 (con certificado de ejecutoria de 12.7.2008). En esencia, los hechos suponen que un funcionario policial remitió a la fiscalía, con mucha posterioridad a la diligencias, formularios interrumpidos de cadena de custodias, en que había falsificado la firma de los demás policías que intervinieron en el procedimiento. Considerando que la descripción fáctica realizada por el ente persecutor no identifica el documento en que se faltó a la verdad ni en qué consistió, el tribunal estima infringida la congruencia (considerando 15° a 17°), dictando sentencia absoluta. También un pronunciamiento absoluto STJOP, 30/9/2009, RUC 0600334789-1, RIT 79-2006, la que, aunque no será analizada en profundidad, contiene interesantes reflexiones cercanas a la idea de relevancia.

104 Aunque absuelve por el delito de abusos contra particulares, al momento de justificar la falsedad, la STJOP Calama, 6.9.2011, RUC 0900809735-3, RIT 123-2011 (considerando 14°) da cuenta de la situación que, en este sentido, el testigo relató haber padecido de parte de los funcionarios a cargo de una investigación diversa.

desarrollo del delito¹⁰⁵. Ambos perjudican a los imputados en la causa de receptación, pues atribuyen licitud a las diligencias en su contra y fundamentan una posición penal desmejorada.

Aunque la substancialidad o relevancia no se explicita en el análisis que realizan los tribunales, ello se explica porque constituye una cuestión más o menos evidente y, por lo mismo, parece no ser objeto de debate, al punto, incluso, que, en ocasiones, no se pone de manifiesto en el relato de los hechos, surgiendo la relevancia de las reflexiones judiciales en que se justifica la falsedad. Por lo demás, el hecho de haber incurrido dolosamente en falsedad sugiere poderosamente la substancialidad¹⁰⁶.

Probablemente por el procedimiento en que se pronunció, la sentencia recaída en los hechos acontecidos en Calama es la que contiene mayores reflexiones de interés. En efecto, destaca la relación entre la confección del parte y las funciones del policía, precisando que los funcionarios policiales, al confeccionarlo y suscribirlo, lo hicieron “en tal calidad”¹⁰⁷, lo que se orienta en el sentido de demandar que el sujeto obre en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto al elemento subjetivo, estima la misma resolución que los acusados obraron maliciosamente porque “conocían fehacientemente” los verdaderos términos en que se había efectuado el procedimiento, descartando la posibilidad del error. Complementa estas reflexiones afirmando que a partir de la expresión “maliciosamente” ha de entenderse que el sujeto actúa con conocimiento de la falsedad, con lo que se destruiría la presunción de dolo y se excluiría el dolo eventual¹⁰⁸. Las reflexiones del tribunal, en cuanto dice relación con el rechazo del dolo eventual y la exigencia de un conocimiento fehaciente, son coincidentes con las conclusiones a las que hemos arribado. Aunque en ellas no se explicita la distinción propuesta en este trabajo, la modalidad más exigente de dolo y el alto grado de certeza aparecen referidos a la falsedad, a cuyo respecto también consideramos necesario el dolo

105 STJOP Calama, 6.9.2011, RUC 0900809735-3, RIT 123-2011 no lo consigna en el relato de hechos (considerando 12°), pero sí en el desarrollo de la falsedad (considerando 14°).

106 SCA Antofagasta, 25/10/2011, Rol 257-2011 (considerando 8°) descarta una alegación similar, aunque planteada desde una perspectiva distinta (falta antijuridicidad material fundada en que la conducta se orientaba a proteger al informante), fundada en que ella “no importa sino un reconocimiento de que faltaron a la verdad al confeccionar el parte, en cuanto a la persona que les proporcionó la información”.

107 STJOP Calama, 6.9.2011, RUC 0900809735-3, RIT 123-2011 (considerando 14°).

108 STJOP Calama, 6.9.2011, RUC 0900809735-3, RIT 123-2011 (considerando 14° *in fine*). Por SCA Antofagasta, 25/10/2011, Rol 257-2011 (considerando 5°) sostiene que “los jueces en el motivo decimocuarto son explícitos en cuanto a lo que se ha entendido por ‘maliciosamente’, esto es, que el sujeto actúa con conocimiento de la falsedad incurrida, y así ha sido considerado por la doctrina”.

directo¹⁰⁹. La sentencia pronunciada por el tribunal de Constitución asocia únicamente la expresión con una exigencia de dolo¹¹⁰.

Bibliografía

BULLEMORE G., Vivian R./ MACKINNON R., John R., *Curso de Derecho Penal*, tomo II: *Teoría del delito*, 3ª edición, Legal Publishing, Santiago, 2010.

CORTÉS ZEPEDA, José Luis, “Comentario de la SCA Concepción de 13 de diciembre de 2010 (Rol: 566-2010)”, en *Doctrina y jurisprudencia penal*, N°8: *Concepto de “empleado público” y problemas de comunicabilidad*, Año 3.

“Sentencia Tribunal Oral en lo Penal de Arica que condena por los delitos de falso testimonio y presentación de medio de prueba falso en juicio”, en *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°47, junio 2011.

CURY URZÚA, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, 10ª edición, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2011.

ETCHEBERRY, Alfredo, *Derecho Penal*, tomo II: *Parte general*, 3ª edición, reimp. 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

Derecho Penal, tomo IV: *Parte Especial*, 3ª edición, reimp. 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

GARRIDO MONTT, Mario, *Derecho Penal*, tomo II: *Parte general*, 4ª edición, reimp. 2007, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, s.d.

Derecho Penal, tomo IV: *Parte especial*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, “La administración de justicia como objeto de protección (observaciones preliminares a los delitos que la ofenden)”, en ARROYO ZAPATER, Luis/ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (coord.), *Libro homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In memoriam, Universidad Castilla La Mancha, Universidad de Salamanca, Toledo, octubre de 2001 (disponible en <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero2/9.pdf>, visitado el 21.6.2013).

109 Difiere en cuanto al objeto del conocimiento, SCA Antofagasta, 25/10/2011, Rol 257-2011 (considerando 8°): “... la voz ‘maliciosamente’ sirve para excluir la comisión del ilícito con dolo eventual o culpa, limitando el tipo subjetivo de la figura al dolo directo y; el dolo reconocido con la expresión señalada ‘maliciosamente’ surge del conocimiento efectivo o real de la ilicitud de la conducta”.

110 SJG Constitución, 1.7.2008, RUC 0600211733-7, RIT 704-2007 (considerando 14°): “... esta disconformidad exige que haya sido efectuada maliciosamente, estableciendo la norma la exigencia del dolo, definiéndose este último como la conciencia o conocimiento y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”.

- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, “El delito de lavado de dinero”, en AA. VV., *Informes en Derecho, Ministerio Público*, Santiago, 2005.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor/ COUSO SALAS (directores), Jaime, *Código Penal comentado. Parte general. Doctrina y jurisprudencia*, Legal Publishing, Santiago, 2011.
- HORVITZ LENNON, María Inés/ LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, reimp. 2008, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- LABATUT GLENA, Gustavo, *Derecho Penal*, tomo I, 9ª edición, reimp. 2007, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1989.
- Derecho Penal, tomo II, 7ª edición, reimp. 2005, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1983.
- MAÑALICH R., Juan Pablo, “La malversación de caudales públicos y el fraude al fisco como delitos especiales”, en *Política Criminal*, volumen 7, número 14, diciembre 2012.
- MATURANA MIQUEL, Cristián/ MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, 2010.
- MATUS ACUÑA, Jean Pierre, “Comentario Artículos 74 a 78”, en POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio/ ORTIZ QUIROGA, Luis (dirs.), *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I: *Libro Primero Parte general*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- NÁQUIRA RIVEROS, Jaime, *Derecho Penal. Teoría del delito*, tomo I, McGraw-Hill, Santiago, 1998.
- NOVOA MONREAL, Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960.
- OLIVER CALDERÓN, Guillermo, “Incoherencias y vacíos en la regulación del delito de cohecho”, en *Doctrina y jurisprudencia penal*, N°9, año 3, 2012.
- Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007.
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, “Los delitos de obstrucción a la investigación”, en RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (coord.), *Delito, Pena y Proceso. Libro homenaje a la memoria del profesor Tito Solari Peralta*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los Instrumentos de Técnica Legislativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2009.

- POLITOFF L., Sergio/ MATUS A., Jean Pierre/ RAMÍREZ G., María Cecilia, *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte Especial*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.
- Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general*, 2ª edición, reimp. 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los actos preparatorios del delito tentativa y frustración. Estudio de dogmática penal y derecho penal comparado*, reimp. 2004, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis/ OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, *Delitos contra la función pública*, 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis/ VERA VEGA, Jaime, “El bien jurídico protegido en los delitos de falsedad”, en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco*, Año 5, N°5.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general*, tomo I: *Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito* (trad. 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña *et. al*), reimp. 2007, Civitas, Madrid, 1997.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, “Desacato a los Fiscales del Ministerio Público”, en *Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público*, N°13, 2002.
- VARGAS PINTO, Tatiana, *Manual de Derecho Penal práctico. Teoría del delito con casos*, Abeledo Perrot Legal Publishing, Santiago, 2010.
- WILENMANN, Javier, “La Administración de justicia como un bien jurídico”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, t. XXXVI, 2011, 1^{er} semestre.

COMENTARIO SOBRE SENTENCIA CONDENATORIA DEL TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE RANCAGUA REFERIDA AL DELITO DE SOBORNO A FUNCIONARIOS DE LA PDI

Francisco Caballero Zanzo¹

A. Aspectos introductorios

Cabe comenzar con la siguiente reflexión, la corrupción en el ámbito de las funciones públicas presenta un alto grado de impacto, no sólo porque conduce a una frustración de las expectativas de los ciudadanos, quienes esperan que los funcionarios públicos se desempeñen con probidad en el ejercicio de sus cargos, sino también porque posee una gran capacidad para socavar las bases del sistema político imperante².

En lo cotidiano, al hablar de corrupción, la primera idea que surge es precisamente la del funcionario público recibiendo dinero de un particular para incumplir los deberes de su cargo, es decir, el delito de cohecho, respecto del cual se han intentado diversas conceptualizaciones teóricas, algunas más o menos comprensivas de las diversas modalidades de la conducta, pero en este momento resulta interesante señalar que puede entenderse por cohecho el trato o pacto o un intento de llevarlo a cabo entre funcionario y particular que tiene por objeto el ejercicio de una función pública, de tal forma que la función pública en aras de ese pacto o convenio se coloca al servicio de intereses particulares que pueden entrar gravemente en colisión con los intereses públicos. La esencia del delito de cohecho es desde luego individualizable en el libre convenio al que pretenden llegar funcionario y particular, convenio que tiene por objeto la venta a cambio de un precio de las facultades jurídicas o de facto que el cargo confiere al funcionario y se concreta por este motivo en un tráfico ilícito de la función pública³.

- 1 Fiscal Adjunto, especializado en Delitos Anticorrupción y Delitos Económicos, Fiscalía Local de Rancagua, Fiscalía Regional VI Región del Libertador Gral. Bernardo O'Higgins, Ministerio Público de Chile.
- 2 OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena. "Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias". En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, N°10, año 2003, p. 161. En el mismo sentido OLIVER CALDERÓN, Guillermo. "Aproximación al delito de Cohecho". En: *Revista de Estudios de la Justicia*, N°5, Año 2004, págs. 83 y sgtes.
- 3 VALEIJE ÁLVAREZ, Inmaculada. *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*. Madrid, España, Editorial Edersa, 1995, p. 47.

Sin perjuicio de presentarse a nivel doctrinario opiniones en el sentido que el fenómeno de la corrupción a nivel de imputación penal se trata de manera ocasional y sólo desde una perspectiva servicial a los poderes públicos⁴.

En investigación RUC N°1200360440-1, de la Fiscalía Local de Rancagua, se investigó la comisión de los delitos de Amenazas a Funcionarios de la Policía de Investigaciones, previsto en el artículo 17 quáter del D.L. 2460 (Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones) y de soborno, previsto en el artículo 250 del Código Penal, cometido en contra de los mismos funcionarios.

La relación de los hechos materia de la acusación fueron los siguientes:

“El día 07 de abril de 2012 alrededor de las 03:50 horas y en circunstancias que los funcionarios de la Policía de Investigaciones Sres. Manuel Tello, Daniel Vargas y José Mansilla, se encontraban realizando un patrullaje preventivo por la calle Los Aromos de la población 12 de Febrero de la comuna de Machalí, fueron alertados por transeúntes que un grupo de aproximadamente 5 sujetos se encontraban trabados en una riña, a un costado de la cancha que se ubica en las inmediaciones, en razón de ello los funcionarios policiales se dirigieron hasta dicho lugar pudiendo percatarse de la veracidad de lo informado.

Los sujetos que se encontraban en pendencia lograron percatarse de la presencia policial y proceden a darse a la fuga hacia el cerro colindante, logrando los funcionarios policiales la captura de uno de los involucrados individualizado como L.A.A.D.

Mientras se desarrollaba el procedimiento policial pertinente llegó al lugar la imputada Medina Moscoso acompañada de un grupo de aproximadamente 10 personas, quienes comenzaron a insultar al personal policial, ya singularizado, gritándoles improperios. En esas circunstancias la imputada Medina Moscoso les gritó de viva voz “váyanse de acá ratis culiaos, nadie se lleva preso a mi hijo, voy a recordar sus caras y les voy a reventar sus casas, además están claros que voy a hacer mierda su caga de cuartel”, abalanzándose luego sobre el funcionario de la PDI Sr. Manuel Tello, a quien propinó golpes de puño en su pecho y patadas las cuales no le provocaron lesiones ya que contaba con implementos de seguridad correspondientes, sin embargo, apoyada por otras personas de sexo masculino, lograron arrebatarse el detenido Á.D., quien se dio a la fuga, comenzando luego, la imputada, a lanzar piedras y otros elementos contundentes, razón por la que personal policial procedió a su detención y posterior traslado al cuartel policial.

Luego, y una vez que la imputada se encontraba en el cuartel policial, manifestó a los funcionarios policiales Sres. Tello, Vargas y Mansilla lo siguiente: “si me dejan libre les voy a dar \$1.000.000 a cada uno y les juro que nadie se enterará de esto”.

4 CARDENAL MONTRAVETA, Sergi. Los delitos de funcionarios y la política criminal de la sociedad del riesgo, págs. 66 y sgtes. [en línea]. Disponible en: www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/133122/183101 [fecha de consulta: mayo 2013].

Luego de verificado el juicio oral, el tribunal resolvió por votación unánime absolver a la acusada por el delito de amenazas a los funcionarios de la Policía de Investigaciones y condenar a la acusada por el delito de soborno⁵. El desarrollo de los siguientes comentarios se centrarán en este último delito.

B. Descripción típica del delito y otros aspectos relevantes

El artículo 250 del Código Penal, tipifica el denominado delito de soborno, denominado por algunos como Cohecho Activo⁶, toda vez que tradicionalmente, se ha reservado la expresión cohecho activo para aludir a la conducta del particular que corrompe al funcionario público y la expresión cohecho pasivo para hacer referencia al funcionario que se deja corromper⁷, en los siguientes términos:

“El que ofreciere o consintiere en dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para que realice las acciones o incurra en las omisiones señaladas en los artículos 248, 248 bis y 249, o por haberla realizado o haber incurrido en ellas, será castigado con las mismas penas de multa e inhabilitación establecidas en dichas disposiciones.

Tratándose del beneficio ofrecido en relación con las acciones u omisiones del artículo 248, el sobornante será sancionado, además, con la pena de reclusión menor en su grado mínimo.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido y en relación con las acciones u omisiones señaladas en el artículo 248 bis, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en su grado mínimo, en el caso del beneficio consentido.

Tratándose del beneficio consentido u ofrecido en relación con los crímenes o simples delitos señalados en el artículo 249, el sobornante será sancionado, además, con pena de reclusión menor en su grado medio, en el caso del beneficio ofrecido, o de reclusión menor en sus grados mínimo a medio, en el caso del beneficio consentido. En estos casos, si al sobornante le correspondiere una pena superior por el crimen o simple delito de que se trate, se estará a esta última”.

Como puede apreciarse, los verbos rectores son *ofrecer* y *consentir en dar*; en estas figuras también se advierte una modalidad activa, es decir, ofrecer un beneficio económico y otra pasiva consistente, en consentir en dar un bene-

5 La sentencia se encuentra en anexo a este trabajo.

6 Sobre el punto POLITOFF LIFSCHITZ., Sergio; MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ GUZMAN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. 2ª ed., Santiago, Chile, Editorial Jurídica, págs. 505 y sgtes.

7 OLIVER, ob. cit., p. 88.

ficio económico⁸. En los hechos materia del juzgamiento nos encontramos precisamente en la figura del ofrecimiento, es decir el comportamiento de la acusada (hoy condenada) revistió una modalidad activa.

A su turno y en lo referido al bien jurídico protegido, nos encontramos con diversas posturas, que sindicaron como tal la incorruptibilidad del sector público, la integridad del funcionario público o el correcto desempeño de las funciones públicas encomendadas, el prestigio o la dignidad del Estado, la pureza en el ejercicio del cargo, la confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de la Administración o el principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública⁹.

Opiniones que han recibido una serie de críticas por resultar imprecisas o más bien una simple declaración de principios. Sobre el punto nos parece adecuado señalar que el bien jurídico protegido en el delito de soborno es el correcto servicio que la Administración presta a los ciudadanos¹⁰.

En definitiva mediante la tipificación del soborno o cohecho activo se intenta disuadir a los particulares y, también a los funcionarios públicos, de facilitar o colaborar en la corrupción de la administración pública¹¹.

C.- De las argumentaciones para apertura y clausura

Si bien en el marco de ambas alegaciones estatuidas en los artículos 325 y 338 del Código Procesal Penal, claramente debe hacerse alusión a los elementos de convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado, nos parece importante señalar en relación a la configuración del ilícito, la realización de argumentaciones sobre los siguientes tópicos:

1. Sujeto activo común: En la tipología de los delitos de cohecho, dentro de los cuales puede posicionarse el soborno, revisten el carácter de delitos

8 SANTIS GANGAS, Loreto. *El Cohecho y la Ley 20.393 Sobre Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Tesis para optar al Grado de Magíster, Universidad de Chile, 2012, p. 31.

9 SANTIS, ob. cit., págs. 13 y sgtes. DE LA MATTA BARRANCO, Norberto. “El Funcionario Público ante el Derecho Penal”. En: *Revista Jurídica de Castilla y León*, N°20, Año 2010, págs. 35 y sgtes.

10 OLIVER, ob. cit., p. 13. Véase también RODRÍGUEZ COLLAO, Luis. “La Función Pública como Objeto de Tutela Penal”. En: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI*, Valparaíso, Chile, 2005, Semestre I, págs. 325 - 340.

11 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Los Delitos de Corrupción de Funcionario y Criminalidad Organizada, p. 19 [en línea]. Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20080612_49.pdf [fecha de consulta: mayo 2013].

especiales con un sujeto activo calificado¹², tal como acontece en los delitos previstos en los artículos 248, 248 bis y 249 del Código Penal, pero el soborno escapa a dicha categoría y, en éste, el sujeto activo corresponde al particular¹³.

Aquel particular debe encontrarse precisamente en vinculación con la administración, toda vez que es necesario el correlato del funcionario público respecto de quien se intenta el ilícito¹⁴.

2. **Oferta:** La descripción punitiva refiere precisamente la oferta o la aceptación de dar un beneficio económico al funcionario público, siendo entonces una dádiva de carácter económico, no siendo procedente la oferta de otros beneficios no patrimoniales, descartándose así, entonces la posible discusión sobre la extensión del beneficio a otras prestaciones¹⁵.

A la conclusión anterior debe necesariamente arribarse a propósito de la sanción pecuniaria accesoria establecida en la misma redacción del tipo penal.

En la actual redacción de la norma basta con la simple manifestación por parte del sujeto activo de la propuesta, verificándose así un adelantamiento de la consumación y consecencial punición del hecho¹⁶.

-
- 12 BALMACEDA HOYOS, Gustavo. “Comunicabilidad de la calidad del Sujeto Activo en los Delitos contra la Función Pública. Especial Referencia a la Malversación de Caudales Públicos y al Fraude al Fisco”. En: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Sección: Estudios, Año 19 - N°2, 2012, págs. 45 y sgtes.
 - 13 REÁTEGUI, ob. cit., págs. 20 y sgtes. Véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A. El Tratamiento Penal de los Delitos Contra la Administración Pública [en línea]. Disponible en: http://www.google.cl/url?sa=t&rcct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cad=1&cad=rja&ved=0CCsQFjAA&curl=http%3A%2F%2Fwww.alfonsozambrano.com%2Fmemorias%2Fmagistrales%2Fdelitos_aa.doc&ei=__SrUYPZMLC30AGR9IDgAw&cusg=AFQjCNE03cwDm2w0S6RVvZ6MNWTZOZTOjg&sig2=5rcOYlnM1HYfRho53_1fvw&cbvm=bv.47244034,d.dmQ [fecha de consulta: mayo 2013].
 - 14 MIR PUIG, Carlos. “El delito de cohecho en la reforma del Código Penal”. En: *Diario La Ley*, N°7603, Sección Doctrina, 4 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-148, Editorial LA LEY [en línea]. Disponible en: <http://diariolaley.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIj:9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAE0zBiM3mkuwdaUcjKasqgcpIVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733judTif33/8/XGZkAWz2zkZ4hgKrIH9+fB8/IorZ7L0nb3bo2b1/f3fn4Bde5nVTVMvP9nZ2d3fuyQf+fXTavrmepV/dp6VTf7/AMMR5mk1AAAAWKE> [fecha de consulta: mayo 2013].
 - 15 DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis y BLANCO CORDERO, Isidoro. “Los Nuevos Delitos de Corrupción en las Transacciones Comerciales Internacionales”. En: *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, p. 16.
 - 16 MIR PUIG, ob. cit.

3. Destinatario de la oferta: En la figura penal en comento, la calificación de sujeto se verifica en relación al sujeto pasivo del soborno, en la especie un empleado público y en lo concreto del fallo, funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile.

Cabe señalar que cobra en este punto especial aplicación la conceptualización establecida en el artículo 260 del Código Penal¹⁷.

4. Objeto de la oferta: Como ya se ha adelantado, la materialidad de la oferta corresponde a un beneficio económico destinado al empleado público o para un tercero, que claramente debe encontrarse vinculado con éste¹⁸. En la especie la oferta de \$1.000.000 para cada uno de los funcionarios de la Policía de Investigaciones.
5. Finalidad de la oferta: La actuación del sujeto activo, particular sobornante, debe tener por finalidad que el funcionario público afectado con el delito, realice las acciones u omisiones descritas en los artículos 248, 248 bis o 249 del Código Penal, por haberlas realizado o haber incurrido en ellas¹⁹.

En lo concreto del fallo en comento, la condenada verificó el ilícito con la finalidad que los funcionarios ejecutaran un acto con infracción a los deberes de sus cargos, al tenor del artículo 248 bis del Código Penal, esto es, dejarla en libertad luego de haberla detenido en situación de flagrancia, sin dar cumplimiento a las obligaciones legales de dar cuenta de dicha situación al Ministerio Público, al tenor de los artículos 130, 131 y siguientes del Código Procesal Penal; situación que de manera similar ya había sido recogida por la jurisprudencia²⁰.

17 DE LA CUESTA y BLANCO, ob. cit., págs. 20 y sgtes., quienes efectúan un largo análisis sobre esta calidad considerando incluso situaciones de hecho en el ejercicio de la función pública basados en recomendaciones de la OCDE. Véase también BALMACEDA, ob. cit., p. 56.

18 MATUS ACUÑA, Jean Pierre. *Código Penal Sistematizado con Jurisprudencia*. Santiago, Chile, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2011, p. 303; DE LA CUESTA y BLANCO, ob. cit., págs. 21 y sgtes.; OLIVER, ob. cit., p. 108.

19 MIR PUIG, ob. cit.; OLIVER, ob. cit., p. 109; REÁTEGUI, ob. cit., p. 29; DE LA CUESTA y BLANCO, ob. cit., p. 23.

20 CERDA SAN MARTIN, Rodrigo y HERMOSILLA IRIARTE, Francisco. *Código Penal, Jurisprudencia en el Nuevo Sistema de Justicia Criminal*. 3ª ed., Santiago, Chile, Librotecnia, 2008, p. 347.

D. Otros aspectos relevantes de la sentencia

Cabe señalar en este breve trabajo, que la tipificación se encuentra contenida en el artículo 250 del Código Penal, pero existe a nivel del descriptor citado una vinculación con los elementos fácticos de los artículos 248, 248 bis y 249 del código sancionatorio. Esta vinculación no puede ser perdida de vista, toda vez que las sanciones se encuentran establecidas en relación a las mismas, esto es, agravándolas si se trata de la realización de un acto propio del cargo del funcionario, de un acto en contra de las funciones del cargo o derechamente un delito²¹.

En la sentencia en comento, claramente se trataba de la vinculación con el artículo 248 bis, esto es, la sobornante instaba por la realización de un acto contrario a las obligaciones del cargo, situación que quedó claramente establecida en la sentencia.

La anticipación de la consumación del delito de soborno también queda de manifiesto en el fallo en comento²², siendo recogida sin cuestionamientos de la política criminal subyacente en esta decisión legislativa, no habiéndose esgrimiendo cuestionamiento alguno por parte de la defensa.

Cabe señalar para finalizar, que la acreditación de la calidad de funcionarios públicos de los miembros de la Policía de Investigaciones no fue cuestionada por la defensa y el Tribunal la dio por sentada de manera implícita en sus razonamientos, no existiendo prueba directa sobre el punto más allá de la declaración de los mismos policías, y en cuanto al contexto de los hechos, a pesar de la absolución del delito de amenazas a funcionarios policiales, también se dio por establecido, desechándose las alegaciones de la defensa en cuanto a irregularidades del procedimiento que deberían, en su concepto, derivar en una absolución, también, por el delito de soborno.

Cobra así especial relevancia la aplicación de la prueba indiciaria en esta tipología de delitos²³, materia que no se aborda, por escapar al objetivo primigenio de este breve trabajo.

21 Véase notas N°29 y N°20.

22 Véase nota N°16.

23 Sobre prueba indiciaria en delitos de corrupción, véase ZECENARRO MONGE, Karla. La Prueba Indiciaria en los Delitos de Corrupción de Funcionarios [en línea]. Disponible en: <http://www.teleley.com/articulos/art-030212.pdf> [fecha de consulta: mayo 2013].

E. Anexo

Rancagua, veinticinco de abril de dos mil trece.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: *Que ante esta Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, constituida por los jueces don Rodolfo Arturo Moreno Osses, que la presidió y los magistrados don Oscar Castro Allendes y doña Gladys Medina Montecino, se llevó a efecto la audiencia del juicio oral de la causa RIT 49-2013, seguida en contra de **NANCY EUGENIA MEDINA MOSCOSO**, cédula nacional de identidad N°10.022.049-0, 50 años, casada, nacida el 22 de diciembre de 1962, dueña de casa, domiciliada en población 12 de Febrero, calle El Manzano N°76, comuna de Machali.*

Sostuvo la acusación el Ministerio Público, representado por el Fiscal don Francisco Caballero Zanzo; en tanto que la defensa estuvo a cargo del Defensor Penal Público don Cesar Zamorano Quitral, ambos con domicilio y forma de notificación ya registrados en el tribunal.

SEGUNDO: *Que el Ministerio Público fundó su acusación en los siguientes hechos:*

El día 07 de abril de 2012 alrededor de las 03:50 horas y en circunstancias que los funcionarios de la Policía de Investigaciones Sres. Manuel Tello, Daniel Vargas y José Mansilla, se encontraban realizando un patrullaje preventivo por calle Los Aromos de la población 12 de Febrero de la comuna de Machali, fueron alertados por transeúntes que un

grupo de aproximadamente 5 sujetos se encontraban trabados en una riña, a un costado de la cancha que se ubica en las inmediaciones, en razón de ello los funcionarios policiales se dirigieron hasta dicho lugar pudiendo percatarse de la veracidad de lo informado.

Los sujetos que se encontraban en pendencia lograron percatarse de la presencia policial y proceden a darse a la fuga hacia el cerro colindante, logrando los funcionarios policiales la captura de uno de los involucrados individualizado como L.A.Á.D.

Mientras se desarrollaba el procedimiento policial pertinente llegó al lugar la imputada Medina Moscoso acompañada de un grupo de aproximadamente 10 personas, quienes comenzaron a insultar al personal policial, ya singularizado, gritándoles improperios. En esas circunstancias la imputada Medina Moscoso les gritó de viva voz “váyanse de acá ratis culiaos, nadie se lleva preso a mi hijo, voy a recordar sus caras y les voy a reventar sus casas, además están claros que voy a hacer mierda su caga de cuartel”, abalanzándose luego sobre el funcionario de la PDI Sr. Manuel Tello, a quien propinó golpes de puño en su pecho y patadas las cuales no le provocaron lesiones ya que contaba con implementos de seguridad correspondientes, sin embargo, apoyada por otras personas de sexo masculino, lograron arrebatarse el detenido Á.D., quien se dio a la fuga, comenzando luego, la imputada, a lanzar piedras y otros elementos contundentes, razón por la que personal policial procedió a su detención y posterior traslado al cuartel policial.

Luego, y una vez que la imputada se encontraba en el cuartel policial, manifestó a los funcionarios policiales Sres. Tello, Vargas y Mansilla lo siguiente: “si me dejan libre les voy a dar \$1.000.000 a cada uno y les juro que nadie se enterará de esto”.

El Fiscal califica los hechos como constitutivos los delitos de Amenazas a Funcionarios de la Policía de Investigaciones y Soborno, ilícitos previstos y sancionados en el artículo 17 quáter del D.L. 2460 y Artículo 250 del Código Penal y correspondiendo a la acusada la calidad de autor directo en la hipótesis del N°1 del artículo 15 del Código Punitivo.

Señala que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad.

En atención a lo solicitado, pide se sancione al acusado a la pena de **OCHO-CIENTOS DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MEDIO**, más las penas accesorias legales, multa de igual monto al provecho económico ofrecido, 4 años de inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos en su grado mínimo, y costas de la causa, por el delito de Soborno; y a la pena de **TRESCIENTOS DÍAS DE PRESIDIO MENOR EN SU GRADO MÍNIMO**, más las penas accesorias legales y costas de la causa, por el delito de Amenazas a funcionarios de la Policía de Investigaciones.

TERCERO: En sus alegatos la defensa solicitó la absolución de su representada en ambos ilícitos. En cuanto a las amenazas, no pareció serio y verosímil que la acusada -mujer bajita- haya manifestado que destruiría el cuartel de investigaciones como también las

viviendas de los tres policías aprehensores, ante funcionarios que portaban consigo todos los elementos de seguridad acorde con su función, por lo tanto al no concurrir los elementos del tipo penal se deberá absolver a su defendida de este ilícito. Respecto al delito de soborno pidió también absolución, puesto que tal acción se habría realizado en un procedimiento irregular, como fue que al ingresar al cuartel no quedó a cargo de la guardia, sino que se quedó con los detectives y estando con ellos habría ocurrido el supuesto soborno, ante tal anormalidad, le pareció que sólo fue una historia armada por parte de los detectives.

En la audiencia de determinación de pena, solicitó 541 días como sanción por el delito de soborno; por aplicación de la nueva ley 18.216, se otorgue el beneficio de la remisión condicional en razón que hace más de 20 años la acusada fue condenada por delito de hurto frustrado a la pena de 21 días de prisión, y en cuanto a la multa se aplique el artículo 70 del Código penal.

La acusada renunció a su derecho a guardar silencio y manifestó en estrados que ese día, cerca de las tres de la mañana estaba en su casa y su hijastro L.Á. salió a orinar fuera de la vivienda, una señora avisó de la llegada de un automóvil de color plomo, salió a mirar y vio a unos sujetos con pasamontañas y a su hijastro en el suelo, trató de ayudarlo y la insultaron, uno de los individuos la tomó del cuello y la llevó hasta el vehículo, recién en el cuartel supo que eran policías, en ningún momento los insultó como tampoco les ofreció pagarles un millón de pesos, ya que solo es dueña de casa, su marido hace polo-

los livianos y debe juntar dinero para pagar el arriendo. Preciso que al lugar llegaron otra personas no sabe cuántos, algunos de ellos eran familiares.

CUARTO: Que para acreditar los ilícitos materia de la acusación fiscal, el ente persecutor incorporó como prueba de cargo, en primer lugar, el testimonio del funcionario de la policía de investigaciones **Manuel Tello Pino**, señaló que ese día realizaba en el carro corporativo patrullaje por la población, cuando iban por la calle Los Aromos unos jóvenes le dijeron que había una riña y que lanzaban piedras, cuando llegaron al lugar a verificar la información, los sujetos al ver la presencia policial se dieron a la fuga hacia los cerros. Añadió, que cuando se detuvo a L.Á. llegaron alrededor de diez personas y la imputada, esta última procedió a insultar y amenazar diciendo “váyanse de acá ratis culiaos, nadie se lleva preso a mi hijo, voy a recordar sus caras y les voy a reventar sus casas, además están claros que voy a hacer mierda su caga de cuartel”, cuando trataron de calmarla los sujetos varones le arrebataron al detenido, momento en que la mujer lo golpeó con sus pies y puños, sin provocarles lesiones. Indicó, que cuando trató de detenerla, debió hacer un disparo hacia el suelo para aquietar los ánimos, ya que las personas lanzaban piedras y palos sin causarles daños. Refirió, que en el cuartel luego de la lectura de derechos, la acusada ofreció a cada uno de los policías que participó en el procedimiento, la suma de un millón de pesos si no la dejaban detenida, ante tal ofrecimiento dio aviso a la fiscal. Expresó, que las amenazas de dañar el cuartel le parecieron serias ya que la señora estaba acompañada de

otros sujetos agresivos, como también que recordaría sus caras para reventar sus casas. Explicó que los funcionarios vestían chalecos antibalas y casaca, y si bien la imputada le dio patadas, por ser bajita los golpes los recibió en la canilla lugar hasta donde le llegaba los bototos que vestía.

A continuación el funcionario **Daniel Vargas Lorenzini**, expresó que cerca de las dos de la mañana cuando realizaban patrullaje por calle Los Aromos, se acercaron dos personas quienes les dijeron que en las cercanías se producía una riña, al llegar al lugar vio un grupo de 5 a 10 personas que peleaban los que al ver la presencia policial se fueron, sin embargo como una de las personas fue alcanzada, la gente se abalanzó les tiraron piedras y le quitaron al detenido. Refirió, que una señora los insultó y les dijo “ratis culiaos”, váyanse de aquí no sirven para nada, además apedrearía el cuartel y reventaría sus casas, también procedió a golpear a uno de los funcionarios. Añadió, que la mujer en el cuartel policial, específicamente en una oficina de la Bicrim cuando hacían el acta respectiva y reiteraban sus derechos, ofreció a los tres policías un millón de pesos para cada uno, dinero que entregaría en su casa y que nadie iba a saber nada. Preciso, que se movilizaban en un vehículo corporativo con sus balizas encendidas, vestían con chaleco antibalas, armamento de disuasión y chaqueta con distintivo. Refirió, que ante las amenazas sintió temor ya que puede pasar cualquier cosa, en el caso no era creíble los dichos de la mujer ya que andaba bebida. La acusada presente en la audiencia corresponde a la detenida, quien golpeo con puños y pie a uno de los policías.

Luego prestó testimonio el funcionario **José Mansilla Cisterna**, quien expuso que en la madrugada de ese día, al realizar patrullaje por la calle Los Aromos, se acercaron dos personas quienes le informaron que unos tipos estaba enfrascados en un riña, al avanzar un par de cuadras se percataron de la efectividad de la información, como circulaban en un vehículo corporativo con sus balizas funcionando los sujetos al verlos se dispersaron, capturaron a uno de ellos en la ladera del cerro identificado como Á.D., cuando lo bajaron del cerro se acercó una señora quien profirió amenazas en contra de la PDI porque se llevaban a su hijo, recordó que dijo que reventaría el cuartel e iba a dejar la “caga”, estaba muy alterada, además agredió al funcionario Tello propinándole golpes en el cuerpo y cara, sin resultar lesionado porque portaba elementos de seguridad. Añadió, que posteriormente llegaron unas diez personas quienes les lanzaron piedras, ramas y palos, como solo eran tres policías le arrebataron al detenido Á., por su parte el funcionario Tello con la finalidad de calmar la situación, realizó un tiro de escopeta momento que aprovecharon para subir al vehículo con la detenida. Añadió, que en el cuartel la imputada al verse en situación de detención, ofreció un millón de pesos a cada uno para zanjar el asunto, dijo que tenía negocio y que la acompañaran a la casa, por lo que en ese momento el policía Tello llamó a la fiscal. Refirió que ante las amenazas sintió menoscabado personal y laboral, era su primera experiencia en procedimiento con tumulto, se asustó porque estaba en minoría. La detenida se encuentra presente en la audiencia.

Finalmente el policía **Manuel Aravena González** prestó testimonio en estrados, quien dijo que la fiscalía le remitió orden de investigar sobre la infracción de la ley orgánica de la institución, y para tal efecto entrevistó a los funcionarios quienes le manifestaron que cuando realizaban patrullaje le informaron sobre una riña que ocurría en una cancha, al verlos llegar los sujetos huyeron pero uno de ellos fue capturado, al hacerle el respectivo control de identidad se acercó una dama acompañada de unas diez personas quien los increpó y agredió al funcionario Tello con pies y manos para arrebatarle a la persona que tenían retenida, también les dijo que destruiría el cuartel y los domicilios particulares de los policías, ante tal situación procedieron a su detención por infracción a la ley orgánica. Además los policías le señalaron que estando en una oficina del cuartel, la detenida les habría ofrecido un millón de pesos a cada uno para que la dejaran en libertad, ante tal hecho dieron cuenta a la fiscalía. Explicó que cuando llega un detenido al cuartel, se entrega a la guardia, pero si se debe realizar alguna diligencia con el detenido, se da cuenta a la guardia y se le lleva a la oficina donde se reitera la lectura de derechos, situación que no es irregular.

QUINTO: Que la defensa, en apoyo de su tesis absolutoria, presentó como prueba la declaración de **Teresa Pino Budín** quien manifestó que ese día cerca de las tres de la mañana se levantó para llevar a su hijo menor al baño, como su cónyuge iba a llegar se sentó afuera del inmueble, en ese momento vio que desde un vehículo color gris, bajaron dos encapuchados portando armas, después tomó conocimiento que eran detectives.

Agregó, que también se encontraban en el lugar cuatro jóvenes compartiendo, los que fueron reducidos por los policías que les escuchó decir que andaban en un operativo de droga. Añadió, que es vecina de Nancy y se percató que ésta les dijo a los detectives porque le pegaban y se llevaban a su hijo, y observó que forcejearon con ella, la tomaron del cuello y se la llevaron.

Luego Margarita Pardo Arraño refirió que esa noche se encontraba compartiendo un cocimiento en la casa de Nancy, y más o menos a una distancia de 50 metros, se percató que ésta fue tomada del cuello por un encapuchado y llevada a un auto, además sintió dos balazos, no sabía que los sujetos eran detectives, y que la visibilidad del lugar no era muy buena.

Finalmente prestó declaración L.A.D. quien relató que un día viernes santo estaba compartiendo en su casa y que cuando salió de ésta para orinar, vio a tres jóvenes en una cancha y a un automóvil del que se bajaron tres personas con escopetas y encapuchados, lo tiraron al suelo y le pegaron con el arma, momento en que salió de la casa Nancy con otras personas, luego lo soltaron y se llevaron a Nancy, no sabía quienes eran esas personas. Refirió que andaba con su cedula de identidad pero no se la pidieron, como tampoco que se identificara.

SEXTO: *En cuanto al delito de amenazas a integrantes de la Policía de Investigaciones previsto y sancionado en el artículo 17 quáter del DL ley 2460 en relación con el DL N°20.064, y artículos 296 y 297 del código punitivo y que el tribunal emitió veredicto*

absolutorio cabe señalar las siguientes consideraciones:

La conducta punible según el artículo 17 quáter del decreto ley antes citado, es la de amenazar en los términos de los artículos 296 y 297 del Código Penal, a uno de los integrantes de la Policía de Investigaciones de Chile con conocimiento de su calidad de miembro de dicha institución, unidades o repartición, es decir “amenazar seriamente a otro con causar a él mismo o a su familia, en su persona, honra o propiedad, un mal que constituya delito, siempre que por los antecedentes aparezca verosímil la consumación del hecho”;

Alfredo Etcheberry, en su obra “Derecho Penal, Parte Especial” (Tomo IV, página 319, Tercera Edición, 1998) dice en cuanto al artículo 296 escribió que tal disposición sanciona la amenaza seria y verosímil de causar a otro un mal que constituya delito. Que sea “seria significa que las apariencias señalen el propósito real del hechor de llevarla a cabo; que sea verosímil quiere decir que las circunstancias muestren dicha realización como posible. La expresión “un mal que constituya delito” indica que la conducta con que se amenaza, en sí misma, en caso de llevarse a cabo, constituiría delito, aparte del delito mismo de amenaza.

En el caso para dar por configurado este ilícito, analizados los antecedentes del juicio, tal como se señaló en la deliberación, la prueba de cargo resultó insuficiente para demostrar, más allá de toda duda razonable, la proposición real que sustentaba la acusación, esto es, que la acusada dijo “váyanse de acá ratis culiaos, nadie se lleva preso a mi

hijo, voy a recordar sus caras y les voy a reventar sus casas, además están claros que voy a hacer mierda su caga de cuartel”,

En efecto, si bien las víctimas relataron que la acusada los amenazó de destruir el cuartel de Machali, como también las viviendas personales de los detectives, lo cierto es que el Tribunal, luego de un análisis global de los hechos, estimó que tales dichos no cumplían con los requisitos de seriedad y verosimilitud exigidos por la norma. En efecto, ellas fueron expresadas en un contexto de rabia y exaltación en la cual la mujer veía que se estaba llevando detenido a un pariente, lo que consideró injusto, y si bien, sus expresiones podían llegar a concretarse en el futuro, no es menos cierto, en que en el escenario en el cual éstas se produjeron delataron un actuar apasionado de una mujer enfrentada, según ella, a una injusticia.

En cuanto a la verosimilitud de las expresiones, si bien ellas conllevan un mal contra la persona contra quien se profiere, dada las forma y circunstancias en que se expresaron tal conclusión no se impone, es más, para este Tribunal no resultó creíble su realización, por cuanto los funcionarios aprehensores tuvieron ante sí a una mujer de físico menudo que, pese a que agredió a uno de los detectives, no le causó algún daño, por lo que sus palabras también, en sí, no conllevarían a la postre un resultado lesivo para alguno de ellos, además para uno de los funcionarios tales expresiones no resultaron verosímiles, dado que, por su labor propia, están expuestos a este tipo de situaciones, además el estado de ebriedad de la mujer restaba seriedad y verosimilitud a sus expresiones. Lo

anterior no quiere decir que un policía no pueda sentirse amenazado al igual que cualquier persona, pero en este caso como ya se dijo no se estableció la concurrencia de seriedad y verosimilitud de causar a otro un mal que constituya delito, elementos del tipo penal previsto y sancionado en artículo 17 quáter del DL ley 2460 en relación con el DL N°20.064, y artículos 296 y 297 del código punitivo.

De esta manera, la prueba de cargo fue insuficiente para derribar la presunción de inocencia que ampara a la acusada y generar así una convicción de condena respecto de este delito.

SEPTIMO: *Que en cuanto al delito de soborno puede decirse que se le denomina así cuando interviene un particular dentro del cohecho, y que es lo que en doctrina se llama cohecho activo el cual se halla reglamentado en el artículo 250 del Código Penal. En lo que concierne a este juicio, tal delito está descrito en el inciso tercero de la disposición indicada, y se conforma cuando el agente ofreciere dar a un empleado público un beneficio económico, en provecho de éste o de un tercero, para omitir un acto debido propio de su cargo o para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo. En el caso que nos ocupa y por el cual se dedujo acusación en contra de la acusada, se requiere probar de acuerdo a los hechos que se le imputan que ésta ofreció dinero a la Policía de Investigaciones para que la dejasen en libertad, ya que se encontraba detenida debido al procedimiento que se iniciaba en su contra por agresión a tales funcionarios.*

En efecto, se acreditó la referida ilicitud con los dichos de los funciona-

rios de la Policía de Investigaciones: **Manuel Tello Pino, Daniel Vargas y José Mancilla**, cuando explicaron que, en horas de la madrugada del día 7 de abril de 2012, al realizar patrullaje en un sector de la comuna de Machali, fueron avisados de una riña, por lo que, se acercaron al lugar y verificaron la veracidad de la información proporcionada, al constatar la presencia de varios sujetos trabados en una riña, quienes huyeron del sitio al ver la presencia policial y sólo se logró la detención de uno de ellos, a un tal L.Á.D., momento en el cual la acusada intervino para rescatar a su hijastro de la Policía, propinando golpes de puño y de pies al detective Tello Pino. Debido a tal acción, los funcionarios policiales detuvieron a la mujer, quien estando en el cuartel, en una de sus dependencias, les ofreció a cada uno de ellos la suma de un millón de pesos, si la dejaban en libertad, dinero que mantenía en su casa. Dicha conducta resulta clara e inequívoca, siendo empleada a nivel general cuando se quiere representar un soborno o llevarlo a cabo, tal como las máximas de la experiencia lo indican, pareciendo fiables los dichos de los policías mencionados, tomando en cuenta la concordancia que en todos los aspectos fundamentales se produjo entre ellos, más allá de ciertas anomalías en el procedimiento que manifestó la defensa, específicamente el lugar donde se había producido el delito, situación que fue explicada por el policía Manuel Aravena que se encontraba de guardia ese día quien manifestó que los detenidos que llegan a la unidad, pueden ser entregados a la guardia o bien los llevan a una oficina para terminar con el procedimiento.

De esta manera los testimonios reseñados fluye que sí hubo un ofrecimiento de parte de la imputada para con los tres policías que intervinieron en su detención y la llevaron al cuartel de investigaciones, momento en que ésta les ofreció dinero a cambio de ejecutar un acto con infracción a los deberes del cargo, situación que fue expresada con claridad por los funcionarios, entendiéndolo que lo que pretendía era que decidieran dejarla en libertad desechando las obligaciones inherentes a su funciones. También se demostró, que el ofrecimiento estaba relacionado con un beneficio económico, independiente si tenía o no el dinero

De esta forma, con los antecedentes probatorios ya referidos, se demostró que en el caso se configuraron cada uno de los elementos de tipo penal, que por lo demás es un delito de peligro, en el que solo era suficiente el ofrecimiento de dinero a cambio de que los funcionarios, dejaran de cumplir con las obligaciones propias del cargo.

Con lo señalado precedentemente y valorando la prueba rendida, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, el tribunal ha alcanzado más allá de toda duda razonable, la convicción que se encuentra acreditado el siguiente hecho: Que en horas de la madrugada del día 7 de abril de 2012, en circunstancias que la acusada se encontraba en el cuartel de la Policía de Investigaciones con la finalidad de concluir con el procedimiento que generó su detención, le ofreció a cada uno de los funcionarios la suma de un millón de pesos con la finalidad de que la dejaran en libertad y sin efecto el procedimiento policial dirigido en su contra.

OCTAVO: *Que el hecho previamente referido es constitutivo del delito de soborno, previsto y sancionado en el artículo 250 del Código Penal, en relación con el artículo 248 bis del mismo cuerpo legal, en grado de consumado, ello por cuanto se acreditó que una persona ofreció a funcionarios públicos un beneficio económico en provecho de aquel a fin que ejecutaran un acto con infracción a los deberes del cargo.*

En este sentido, lo que se sanciona es la simple proposición, lo que basta a efectos de consumir un delito, proposición que a su vez, debe ir destinada a un funcionario público, a fin que éste realice acciones o incurra en omisiones, como la del artículo 248 bis del código punitivo que refiere en síntesis el omitir o realizar un acto con infracción a los deberes del cargo.

Que en lo tocante a la participación de la acusada, se estableció con la prueba de cargo rendida por el Ministerio Público, específicamente con el reconocimiento efectuado por los tres funcionarios aprehensores, al señalar la actividad específica que desplegó la imputada, en consecuencia queda claro que en el hecho por el que se condena a Medina Moscoso tuvo el carácter de autora, por haber tenido participación inmediata y directa en el, de acuerdo a lo previsto en el numeral 1 del artículo 15 del Código Penal.

NOVENO: *Que en consecuencia se rechaza la petición de absolución esgrimida por la defensa, ello por los fundamentos vertidos en las motivaciones previas, y además porque la prueba rendida por esta parte respecto del delito de soborno nada aportaron. En efecto la*

declaración de los testigos Pino, Pardo y Á. solo dieron cuenta de manera interesada de lo ocurrido momentos previos a la detención de la acusada, sin contribuir a generar alguna duda razonables respecto de su participación en este delito. Por su parte Medina Moscoso, prestó declaración exculpatoria y acomodaticia de los hechos, siendo mas creíble para el Tribunal los dichos de los policías los que además de ser contestes en su dichos, no se acreditó animadversión para perjudicar a la acusada y montar de común acuerdo una historia de tal envergadura con el solo propósito de obtener una sanción para ella.

Finalmente el cuestionamiento que hizo la defensa en relación a la irregularidad de la detención específicamente cuando su defendida llegó al cuartel policial y no fue entregada a los encargados de guardia que es el procedimiento regular, y no a la oficina de los aprehensores, cabe señalar, que el funcionario que estaba en la guardia ese día Manuel Aravena, explicó detalladamente el procedimiento a realizar a la llegada de un detenido a la unidad, esto es, entregarlo en la guardia o bien pasar a las oficinas con los funcionarios aprehensores con la finalidad de terminar el procedimiento, de esta forma que la imputada hubiese estado en una de las oficinas de los detectives no importó ninguna irregularidad, puesto que tal hecho fue una presencia transitoria derivada de que el personal idóneo debía realizar labores administrativas y terminada estas siguió su curso normal, por lo que el tribunal no vio irregularidad que vicie el procedimiento, por lo demás la defensa no señaló cual fue la garantía conculcada ante tan mínima situación.

DECIMO: *Que el delito que se ha tenido por establecido se encuentra sancionado en el Art. 250 en relación al 248 bis, del Código Penal, con las penas de reclusión menor en su grado medio, accesorias legales y multa igual al duplo de la cantidad ofrecida.*

Que en la especie no concurren modificatorias de responsabilidad penal que considerar respecto de la sentenciada, por lo cual el Tribunal puede recorrer toda la extensión de la escala prevista por la ley para el delito al regular la pena.

UNDECIMO: *En cuanto al pago de multa se debe tener presente lo que establece el artículo 70 inciso primero del Código Penal, respecto de las circunstancias que se debe considerar para establecer la cuantía de esta sanción, y entonces no se puede prescindir del hecho de que la acusada no le perjudica agravante alguna a lo que se une, de que la sentenciada vive en una población de bajos recursos, lo que conlleva a imponer una pena de multa inferior al monto señalado en la ley.*

Por estas consideraciones y visto además, lo dispuesto en los artículos 1, 14 N°1, 15 N°1, 21, 30, 31, 49, 50, 60, 67, 70, 76, 248 bis y 250 del Código Penal; 295, 297, 340, 341, 342, 343 y 344, del Código Procesal Penal se declara:

I.- Se absuelve a NANCY EUGENIA MEDINA MOSCOSO de la acusación dirigida en su contra como autora del delito de amenazas a funcionarios de la Policía de Investigaciones, hecho presuntamente ocurrido en la comuna de Machali el 7 de abril de 2012.

II.- No se condena al Ministerio Público al pago de las costas, por cuanto no se apreció que hiciera un ejercicio arbitrario o abusivo de la acción penal.

III.- Que se condena con costas a NANCY EUGENIA MEDINA MOSCOSO, ya individualizada, a la pena de QUINIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS de reclusión menor en su grado medio como autora del delito consumado de soborno cometido el 7 de abril de 2012 en la comuna de Rancagua, con respecto a los funcionarios de la Policía de Investigaciones, y a las accesorias de inhabilitación absoluta para cargos u oficios públicos temporales durante el tiempo de la condena, y al pago de multa ascendente a Dos Unidades Tributarias Mensuales que deberá ser pagada en el valor equivalente que tenga la unidad tributaria mensual al momento del pago.

Si no tuviere bienes para satisfacer la multa, sufrirá por vía de sustitución y apremio, la pena de reclusión, regulándose un día por cada tercio de unidad tributaria mensual, sin que pueda exceder de diez días.

Estimando aplicable las modificaciones de la ley 20.603 que introdujo a la ley 18.216, y por ende teniendo presente que el delito que da cuenta el extracto de filiación y antecedente de la acusada se encuentra prescrito -condenada el 29 de agosto de 1986, como encubridora de hurto-, según la nueva redacción del artículo cuarto de la ley 18.216 -en este caso-, y teniendo presente que cumple con los requisitos para acceder a la remisión condicional de la pena, se autoriza el cumplimiento de la pena de forma sustitutiva por el plazo de la condena,

debiendo cumplir las demás condiciones que establece el artículo 4 de la citada ley. En caso de incumplimiento de lo resuelto precedentemente, deberá cumplir la pena privativa de libertad impuesta en forma efectiva, sin abonos que considerar, como consta en el auto de apertura de juicio oral.

En su oportunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales y artículo 468 del Código Procesal Penal, remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía que corresponda, para la ejecución de la pena y para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 17 de la ley 19.970.

Del mismo modo, una vez ejecutoriada la sentencia dese cumplimiento, por parte de este Tribunal Oral, a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 20.568.

Para los efectos de la publicación de la presente sentencia en la página WEB del Poder Judicial, se deja constancia que no hay datos que ocultar.

Hágase devolución de los documentos a los intervinientes

Regístrese, y, en su oportunidad, archívese.

Redactó la jueza Gladys Medina Montecino.

RIT N°49-2013.-

RUC N°1200360440-1.

Pronunciada por los Jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, don Oscar Castro Allendes y doña Gladys Medina Montecino, además del Juez Titular del Juzgado de Letras, Garantía y Familia de Pichilemu, don Rodolfo Arturo Moreno Osses, actual Juez Interino de este Tribunal.

UNIDAD ESPECIALIZADA
DE TRÁFICO ILÍCITO
DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES

LA COOPERACIÓN EFICAZ¹ HERRAMIENTA DE POLÍTICA CRIMINAL Y ATENUANTE ESPECIAL DE LA LEY N°20.000

*Renzo Figueroa Aste
Rubén Salas Orellana²*

Introducción

La cooperación eficaz se encuentra regulada en el artículo 22 de la Ley N°20.000 y si bien hace mención a una circunstancia atenuante de responsabilidad penal, lo cierto es que en su esencia es además una herramienta de política criminal o una herramienta de investigación.

La Ley 19.366 contemplaba esta herramienta casi en los mismos términos, modificándose los aspectos que tienen que ver con la forma de determinar la pena.

Así, la norma del artículo 22 de la Ley N°20.000 señala que:

“Será circunstancia atenuante de responsabilidad penal la cooperación eficaz que conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables; o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en esta ley. En estos casos, el tribunal podrá reducir la pena hasta en dos grados.

Sin embargo, tratándose del delito contemplado en el artículo 16, la reducción de la pena podrá comprender hasta tres grados.

Se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines señalados en el inciso primero.

El Ministerio Público deberá expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero.

1 Nota: Se deja constancia que el presente artículo tiene como base lo señalado en el Oficio FN 061-2009, Instrucción general que imparte criterios de actuación en delitos de la Ley N°20.000 y en el derogado Oficio FN N°095-2005, de fecha 27 de enero de 2005, Instructivo N°5 de la Ley N°20.000, Cooperación Eficaz, Artículo 22 de la Ley N°20.000.

2 Abogados de la Unidad Especializada de Tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

Si con ocasión de la investigación de otro hecho constitutivo de delito, el fiscal correspondiente necesita tomar conocimiento de los antecedentes proporcionados por el cooperador eficaz, deberá solicitarlos fundadamente. El fiscal requirente, para los efectos de efectuar la diligencia, deberá realizarla en presencia del fiscal ante quien se prestó la cooperación, debiendo este último previamente calificar su conveniencia. El superior jerárquico común dirimirá cualquier dificultad que surja con ocasión de dicha petición y de su cumplimiento.

La reducción de pena se determinará con posterioridad a la individualización de la sanción penal según las circunstancias atenuantes o agravantes comunes que concurrán; o de su compensación, de acuerdo con las reglas generales”.

Analizado el texto de la norma, debemos detenernos en aquella primera parte que señala que esta herramienta de política criminal “será” circunstancia atenuante cuando en definitiva conduzca al esclarecimiento de los hechos o permita la identificación de sus responsables o sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley N°20.000. En concreto nos encontramos ante una norma que requiere del cumplimiento de distintos presupuestos para poder ser reconocida, toda vez que, aun existiendo cooperación por parte del imputado, ella debe cumplir con los requisitos de eficacia que la propia norma establece, siendo un imperativo para el ente persecutor, quien sólo podrá reconocerla si dichos fundamentos de procedencia se cumplen, por cuanto, como veremos, quien dirige la investigación es el Ministerio Público, que en virtud del principio de objetividad y por mandato legal debe expresar en la formalización o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz.

Definición legal

El inciso 3° del artículo 22 de la Ley N°20.000 señala expresamente que se entiende por cooperación eficaz el suministro de datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables, que contribuyan necesariamente a los fines del inciso primero, esto es, al esclarecimiento de los hechos investigados o identificación de los responsables o prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la mencionada ley.

Datos o informaciones precisos, verídicos y comprobables

Preciso: Exacto, cierto o determinado³.

3 Definición Diccionario de la Real Academia Española (DRAE). es la obra de referencia de la Academia. La edición actual —la 22.ª, publicada en 2001, **preciso, sa.** (Del lat. *praecisus*). **1.** Adj. Necesario, indispensable, que es menester para un fin. **2.** Adj. Puntual, fijo, exacto, cierto, determinado.

Verídico: Que dice la verdad⁴.

Comprobable: Que se puede contrastar⁵.

Hipótesis y fines de la cooperación eficaz

La cooperación eficaz será circunstancia atenuante de responsabilidad penal cuando:

1. Conduzca al esclarecimiento de los hechos investigados o permita la identificación de sus responsables

Esta primera hipótesis requiere por una parte que con ella se logre determinar la existencia del hecho punible que de otra forma no se hubiese podido comprobar y por otra que se logre la detención de los partícipes del delito, esto es, los que de no mediar dicha cooperación, no podrían ser sometidos a juicio con probabilidades de obtener una condena.

2. Sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley de Drogas

Esta segunda hipótesis requiere que en virtud de la cooperación prestada se pueda reprimir la comisión de un ilícito diferente al investigado y que además sea de igual o mayor entidad que el que actualmente se investiga y en virtud del cual se presta la cooperación.

Oportunidad legal

La cooperación eficaz puede ser prestada ante un fiscal, Juez de Garantía o ante la policía, y tal como lo establece el inciso 4° del artículo 22 de la Ley N°20.000, es el Ministerio Público quien debe expresar en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si dicha cooperación ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero de la misma norma. Es decir que, por regla general, podrá prestarse en cualquier etapa de la investigación y ello tiene su sentido lógico, por cuanto sólo el fiscal, que dirige la investigación es quien puede en definitiva comprobar su efectividad y cumplimiento de las hipótesis que se requieren, toda vez que es él quien ha realizado la investigación.

4 Definición Diccionario de la Real Academia Española (DRAE). es la obra de referencia de la Academia. La edición actual —la 22.^a, publicada en 2001, **verídico, ca.** (Del lat. *veridicus*). **1.** Adj. Que dice verdad. **2.** Adj. Que la incluye.

5 Definición Diccionario de la Real Academia Española (DRAE). es la obra de referencia de la Academia. La edición actual —la 22.^a, publicada en 2001, **Comprobable.** **1.** Adj. Que se puede comprobar.

Si bien el artículo 22 señala que se deberá expresar en la formalización o en el escrito de acusación, si la cooperación prestada ha sido eficaz, el Ministerio Público es de la opinión que excepcionalmente podría reconocerse en la audiencia de preparación del juicio oral, toda vez que en dicha audiencia el fiscal podría modificar su acusación para los efectos de proceder conforme al procedimiento abreviado del artículo 407 del Código Procesal Penal, siempre y cuando en el tiempo intermedio entre la acusación y la fecha de realización de la audiencia de preparación de juicio oral, los datos e informaciones proporcionados por el cooperador lleguen a reunir los requisitos establecidos por la norma.

Discusión relativa a la calificación de la eficacia

En razón de lo señalado anteriormente y pese a que a nuestro juicio la ley es clara, se ha discutido respecto a quién es el llamado a calificar cuándo una cooperación tiene el carácter de eficaz. En nuestra opinión, es una facultad exclusiva del Ministerio Público, toda vez que como señalamos es el único que puede comprobar cuando un dato o información es eficaz y que en definitiva conduce al esclarecimiento de los hechos investigados o permite la identificación de sus responsables o sirve para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la Ley N°20.000. Ahora bien, dicha calificación debe ser hecha por aquel fiscal a quien la cooperación le ha sido eficaz y no necesariamente por el receptor de la misma.

Lo anterior no excluye la facultad o función jurisdiccional que poseen los tribunales de justicia, pudiendo siempre determinar si corresponde o no acogerla como atenuante, pero sólo podrá efectuarlo si ésta ha sido reconocida e invocada por el fiscal.

El hecho que el reconocimiento de la cooperación eficaz sea efectuado por el fiscal, dice relación con la opinión relativa a que ella es una herramienta de investigación y sus resultados son valorados por el ente persecutor quien en definitiva comprueba si cumple con los fines que la propia ley describe. Así, sólo cuando se le reconoce la eficacia a la información proporcionada por el cooperador, el tribunal lo puede favorecer con la rebaja de pena.

Otra señal importante es la que ha venido sosteniendo el Ministerio Público relativa a la construcción legal que diferencia al artículo 11 del Código Penal con el artículo 22 de la Ley N°20.000. El primero señala “Son circunstancias atenuantes”, mientras que el segundo señala “Será circunstancia atenuante...”, lo anterior deja en claro la naturaleza de una y otra atenuante, toda vez que la del artículo 22, sólo será considerada atenuante de responsabilidad penal cuando dicha herramienta de investigación:

a) Sea reconocida como tal por quien la utiliza, esto es el Ministerio Público.

- b) Sea reconocida en la oportunidad legal que corresponda.
- c) Se invoque en juicio, y
- d) El tribunal la acoja, toda vez que en virtud de sus facultades jurisdiccionales, podría estimar la inexistencia de los requisitos de procedencia de la cooperación.

Como ya hemos señalado, en virtud de la redacción de la norma del artículo 22, específicamente el inciso 4°, se desprende que la calificación de si la colaboración prestada es eficaz o no, le corresponde exclusivamente al Ministerio Público, al igual que su reconocimiento, por cuanto es el Fiscal quien dirige en forma exclusiva la investigación y que por tanto conoce los antecedentes de la misma, no pudiendo el tribunal reconocer una situación que en los hechos desconoce, haciendo uso de su facultad jurisdiccional al momento de sopesar los fundamentos y antecedentes para acogerla o rechazarla, de lo contrario dejaría de tener la naturaleza de herramienta de política criminal, no existiendo diferencia con la atenuante general de colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos del artículo 11 N°9 del Código Penal.

Avala esta postura, la inexistencia de alguna norma legal que permita al imputado o su defensa legal solicitar el reconocimiento de la atenuante especial y lo resuelto por la jurisprudencia sobre este punto, a saber:

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, Rol 148-04, 15 de noviembre de 2004

“I.- En cuanto a la minorante de cooperación eficaz. Cuarto: Que de conformidad con el inciso tercero del artículo 33 de la citada ley de tráfico ilícito de drogas, corresponde al Ministerio Público atribuir eficacia a la cooperación, sea en la audiencia de formalización de la investigación o en su escrito de acusación, teniendo ésta apreciación de la Fiscalía obligatoriedad o fuerza vinculante para el tribunal oral, no encontrándose éste en situación de concordar o no con tal atribución, cuando la tal cooperación eficaz se presta durante el curso de la investigación”.

Excelentísima Corte Suprema, Rol 2958-07, 7 de agosto de 2007

“65.- Que, en cuanto a la cooperación eficaz del artículo 22 de la ley del ramo, contrario a lo sostenido por el recurrente, el tribunal si se hizo cargo de la alegación, y razonó en el sentido que no se encuentra acreditada en forma alguna en el juicio, lo que es compartido por ésta Corte, desde que, como se precisa en el mismo fallo, se negó toda participación en el delito imputado, por lo que mal se podía colaborar en ésta u otra investigación, en tanto que lo sostenido por el acusado Nova, sólo se afirma en sus propios dichos, sin que –a mayor abundamiento–, haya sido reconocida tal circunstancia por el Ministerio Público, ente encargado constitucionalmente de investigar y acusar, correspondiéndole en tal sentido, determinar también su

fundamento, seriedad y verosimilitud, para pugnar por su establecimiento, lo cual no ocurrió en la especie”.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, Rol 323-09, 3 de noviembre de 2009

“TERCERO: *Que la controversia jurídica planteada en el caso sub lite se circunscribe a determinar si para efectos de poder reconocer la atenuante especial del artículo 22 de la ley 20.000, es un requisito previo e indispensable que el Ministerio Público exprese, en alguna de las oportunidades que señala el inciso 4 de dicho precepto legal, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz; y, si la ausencia de ese reconocimiento impide que los jueces de la causa puedan emitir pronunciamiento al respecto, no obstante existir antecedentes que den cuenta de esa cooperación.*

CUARTO: *...El inciso cuarto de la norma en análisis dispone, en términos perentorios, que el Ministerio Público debe expresar, en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz a los fines señalados en el inciso primero.*

QUINTO: *Que para una correcta interpretación del artículo 22 de la Ley 20.000, es necesario acudir a Ley 19.366 que reemplazada por la primera, ya que en su primitivo artículo 33 contemplaba la figura de la cooperación eficaz como atenuante de responsabilidad penal en los delitos del Tráfico Ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.*

Dicha disposición, en su inciso tercero entregaba al juez de la causa la labor de pronunciarse, tan pronto le fuera posible y en cualquier estado del juicio, acerca de la eficacia de la cooperación prestada.

Se trataba de una atribución privativa de los Tribunales que encontraba su Ratio Legis en el sistema procesal imperante en ese entonces, de naturaleza inquisitivo, que radicaba en el Juez la Investigación y acusación y el Juzgamiento, y era precisamente en ejercicio de esa función investigadora en que el juez estaba en condiciones de calificar si la colaboración prestada por el procesado era eficaz.

Pero tan pronto se modificó el proceso penal por el sistema acusatorio y encomendarse, constitucional y legalmente, al Ministerio Público la tarea de investigar y acusar, dejando al juez la labor de juzgar, se dictó la Ley 19.806 sobre Normas adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal, que en su artículo 4° modificó, entre otros, el citado artículo 33 de la Ley 19.366, reemplazando su inciso tercero por uno de idéntico tenor al inciso 4° del artículo 22 de la Ley 20.000.-

SEXTO: *Que la modificación señalada en el motivo quinto precedente resulta plenamente coherente con los principios inspiradores del Nuevo Proceso Penal Chileno, y permite entender por qué la labor de calificar la eficacia de la colaboración prestada por un imputado y el consecuente deber de comunicarlo al Tribunal cuando*

esa eficacia está presente, es de competencia privativa del órgano persecutor en quien recae la investigación.

No está de más señalar que el suministro de datos e informaciones precisos, verídicos y comprobables, otorgados por el imputado conducentes a la determinación de los hechos investigados o a la identificación de los responsables, o que sirva para prevenir o impedir la perpetración o consumación de otros delitos de igual o mayor gravedad contemplados en la misma Ley N°20.000.-, sólo se puede obtener de la labor investigativa desplegada por los Fiscales del Ministerio Público, quienes por expreso mandato constitucional y legal están llamados a dirigir en forma exclusiva la persecución criminal...

SÉPTIMO: *Que, a mayor abundamiento, la circunstancia que el inciso cuarto del artículo 22 de la Ley 20.000.- disponga en términos perentorios que el Ministerio Público debe expresar ante el Tribunal si la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz, constituye una manifestación del principio de objetividad establecido en el artículo 3° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, en el sentido que el Fiscal que tiene a cargo la investigación tiene la obligación de hacer dicha calificación y, en caso de estimarla eficaz, con los antecedentes que obren en la carpeta investigativa, deberá expresarlo en alguna de las dos oportunidades que señala la ley, a saber, la formalización de la investigación o en su escrito de acusación. Pero si la Fiscalía estima que la cooperación no cumple con los requisitos legales para ser calificado de eficaz, la ley no contempla la obligación de expresarlo.*

OCTAVO: *Que, la interpretación que se ha formulado en los motivos precedentes en caso alguno significa cercenar las facultades jurisdiccionales de los Tribunales de Justicia, desde el momento en que, como ya se ha dicho, el reconocimiento de la cooperación eficaz por parte del Ministerio Público pertenece a un ámbito diferente, propio de su labor como órgano investigador y acusador, mientras que al Juez le corresponde la determinación posterior de la pena y la facultad de rebajarla en los grados que permite la ley, en caso de existir ese reconocimiento previo”.*

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, Rol 372-11, 18 de octubre de 2011

“Tercero: *Que, al respecto, corresponde tener presente que el inciso 4° del Art. 22 de la Ley N°20.000 dispone que el Ministerio Público deberá expresar en la formalización de la investigación o en su escrito de acusación, si la cooperación presentada por el imputado ha sido eficaz a los fines conducentes al esclarecimiento de los hechos o a la identificación de sus responsables.*

De tal modo, la calificación de eficacia de la cooperación prestada por el encausado es una facultad propia del Ministerio Público que, al no ser manifestada por éste en alguna de las oportunidades procesales señaladas, obsta su consideración como circunstancia atenuante especial de la responsabilidad penal.

Cuarto: *Que, en el caso que nos ocupa, el Ministerio Público no declaró eficaz la colaboración del enjuiciado recurrente; y, por el contrario, expresamente lo contro-*

virtió el Fiscal del Ministerio Público, abogado don Ángel Ávila, quien intervino en la vista de la causa ante este tribunal. Ello, impide la consideración y aplicación de la circunstancia minorante especial comentada”.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Talca, Rol 43-13, 22 de febrero de 2013

“TERCERO:...Como ya lo ha sostenido esta Corte, la calificación de eficacia de la cooperación prestada por el encausado es una facultad propia del Ministerio Público, por lo que debe ser invocada por aquel y al no ser manifestada en alguna de las oportunidades procesales pertinente obsta a su consideración como circunstancia atenuante especial de la responsabilidad penal.

CUARTO: Que la invocación de dicha circunstancia por el Ministerio Público, contenida en el inciso 4° del citado artículo 22, es una condición de procedencia, situada en la esfera de las atribuciones del Ministerio Público que se relaciona con la indagación y sus consecuencias, por lo que al no pronunciarse el ente persecutor en las etapas procesales de formalización o acusación, al tribunal le está vedado considerarla”.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 187-13, 25 de marzo de 2013

“UNDECIMO: Que, por otra parte, el recurrente MARTINEZ HERRERA cuestiona en su Recurso la legalidad de la sentencia en cuanto ésta no le reconoció en su favor la circunstancia atenuante especial de cooperación eficaz que previene el artículo 22 de la Ley 20.000, no reconocimiento que, a juicio del recurrente, sí correspondería reconocer, dada la colaboración con la investigación que éste prestó desde el momento en que fue detenido, circunstancias que aparecen reconocidas en el considerando décimo octavo de la sentencia recurrida.

Que en este aspecto, debe tenerse a la vista, como ya se ha señalado en considerando anteriores, que para ser procedente esta circunstancia atenuante especial, es requisito exigido por el mismo artículo 22 de la Ley 20.000, que el Ministerio Público, exprese ya sea en la acusación o en la formalización de la investigación, que la cooperación prestada por el imputado ha sido eficaz. Este requisito no se cumple en el caso de la especie, dado que el Ministerio Público no hizo esta declaración, por lo que desde ya la atenuante se hace improcedente”.

En virtud de los fallos mencionados queda claro que si el Ministerio Público no ha calificado de eficaz la cooperación el tribunal no podría pronunciarse sobre la concurrencia de la atenuante, por cuanto de hacerlo, se configuraría la causal de nulidad de errónea aplicación del derecho del artículo 373 letra b) del Código Procesal Penal.

Por su parte, si el Ministerio Público califica de eficaz la cooperación prestada, el tribunal, en virtud de sus facultades jurisdiccionales, se debe pronunciar sobre la concurrencia o no de la cooperación eficaz y la rebaja de la pena.

Cooperación eficaz y la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal⁶

Como hemos venido señalando, la cooperación eficaz es una herramienta de investigación y una forma específica y privilegiada de colaboración con la autoridad y que por tanto, tiene un tratamiento especial y diferenciado de las restantes atenuantes genéricas, siendo excluyentes y por tanto incompatible la aplicación en conjunto con la atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, por cuanto existe entre ellas una relación de especialidad que se resuelve por el principio de consunción en la que el artículo 22 absorbe a la atenuante de colaboración sustancial del Código Penal.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia en los fallos que se pasan a exponer:

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 82-12, 13 de mayo de 2012

SEXTO: Que es dable precisar, asimismo, que la concurrencia de la cooperación eficaz, resulta incompatible con la contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, cuando se funde en los mismos antecedentes, constituyendo la primera una forma especial de colaboración, que atento al principio de consunción absorbe a esta última. Sin embargo, en la práctica puede ocurrir que se den los requisitos de la atenuante genérica porque el imputado ha colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos, y no se configuran los requisitos que exige el inciso primero del artículo 22 de la Ley N°20.000, como ha ocurrido en el caso sublite.

Excelentísima Corte Suprema, Rol 8388-11, 10 de noviembre de 2012

“Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Rodríguez quien estuvo por acoger el recurso de queja interpuesto, por cuanto una de las faltas o abuso se hace consistir en la asimilación de la minorante de responsabilidad penal descrita en el artículo 11, número noveno, del Código Penal con aquella especial del artículo 22 de la Ley N°20.000, causales que a juicio del disidente, resultan manifiestamente distintas de suerte que, por la claridad de su texto no da margen a interpretaciones, sino que cabe derechamente su aplicación.

En efecto, la primera minorante es común y de elementos generales en la que basta haber “colaborado sustancialmente el esclarecimiento de los hechos”, en tanto que en la especial, se exige una “cooperación eficaz” mucho más acotada que la genérica, en los términos de los incisos primero y tercero del referido artículo 22, que no son aplicables a aquella morigerante común y todavía producen efectos diferentes, puesto que la especial permite la rebaja hasta en dos grados, sin perjuicio de la excepción del artículo 62 del mismo cuerpo legal; y

6 Oficio FN N°334-2002, de 11 de julio de 2002. Modificaciones de la Ley 19.806 a la Ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en materia de cooperación eficaz (Derogado).

la general sólo provoca los efectos comunes de estas motivaciones, de suerte que no ofrece ninguna duda la diferencia de ambas causales”.

Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 187-13, 25 de marzo de 2013

“UNDECIMO:... Ahora bien, a este recurrente se le ha reconocido como circunstancia atenuante aquella prevista en el artículo 11 N°9 del Código Penal, que beneficia a quien haya colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos y, este reconocimiento aparece consistente con la disposición a cooperar que el imputado MARTINEZ HERRERA, mostró en el curso de la investigación. En efecto, la circunstancia atenuante de tipo general del artículo 11 N°9 del Código Penal, que premia la colaboración a la investigación, para que sea reconocida, se hace menester que ella sea “sustancial” es decir, que la configuración de la atenuante supone aportes significativos al esclarecimiento de los hechos, por lo que resulta ser una circunstancia atenuante que se reconoce en casos de especial colaboración y así, la invocación que hace el recurrente al importante aporte procurado, resulta compatible y justamente premiado por la atenuante general de colaboración que se le ha reconocido en la sentencia, aunque, como está dicho, no resulta procedente por estos mismos hechos, aplicar la circunstancia atenuante especial del artículo 22 de la Ley 20.000.

De esta manera, lo resuelto en la sentencia en cuanto hacer relevante la colaboración prestada por MARTINEZ, para reconocer exclusivamente la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, desechando la circunstancia atenuante especial de cooperación eficaz prevista en el artículo 22 de la Ley 20.000, es una decisión que se ajusta a derecho, por lo que en este respecto, el Recurso de Nulidad será rechazado”.

Artículo 62 del Código Penal en relación al artículo 22 de la Ley N°20.000

En virtud de lo señalado en el inciso 1° del artículo 22 de la Ley N°20.000, de ser reconocida la atenuante de cooperación eficaz, el Tribunal **podrá** reducir la pena hasta en dos grados tratándose de cualquiera de los delitos señalados en la mencionada ley y hasta en tres grados tratándose del delito de asociación ilícita del artículo 16 del mismo cuerpo legal.

Tomando como base lo señalado, necesariamente debemos analizar la norma establecida en el artículo 62 de la Ley N°20.000, la cual señala que “No se aplicará ninguna de las medidas alternativas contempladas en la ley N°18.216 a la persona que haya sido condenada con anterioridad por alguno de los crímenes o simple delitos contemplados en esta ley o en la ley N°19.366, en virtud de sentencia ejecutoriada, haya cumplido, o no efectivamente la condena, a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22”.

Se hace presente que, en virtud del artículo 8° de la Ley 20.603 que modificó la Ley N°18.216, las normas de esta última entrarán en vigencia a contar de la

publicación en el Diario Oficial de las adecuaciones que deban ser incorporadas en el Decreto Supremo N°1.120 del año 1984, del Ministerio de Justicia, por lo que nos haremos cargo de la discusión tomando en consideración tanto las medidas alternativas a las penas establecidas en el texto primitivo, como las penas sustitutivas a las privativas y restrictivas de libertad del texto modificado, utilizando esta última denominación en razón de la modificación legal señalada.

En razón de lo anterior, la nueva redacción de la Ley N°18.216 modificada por la Ley N°20.603, establece en el inciso 3° del artículo 1° que: *“En ningún caso podrá imponerse la pena establecida en la letra f) del inciso primero a los condenados por crímenes o simples delitos señalados por las leyes números 20.000, 19.366 y 18.403. No se aplicará ninguna de las penas sustitutivas contempladas en esta ley a las personas que hubieren sido condenadas con anterioridad por alguno de dichos crímenes o simples delitos en virtud de sentencia ejecutoriada, hayan cumplido o no efectivamente la condena, a menos que les hubiere sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la Ley N°20.000”*.

Así entonces, por regla general, todo condenado por un delito puede acceder a la sustitución de las penas establecidas en la Ley N°18.216, siempre que se cumpla con los requisitos exigidos en la misma, y en ese sentido, la norma del artículo 62 de la Ley N°20.000 y artículo 1, inciso 3°, de la modificada Ley N°18.216, serían una excepción, por cuanto establece una prohibición de acceder a penas sustitutivas en el caso que con anterioridad una persona haya sido condenada por alguno de los crímenes o simples delitos contemplados en la Ley N°20.000.

En dicho sentido, lo que en definitiva busca la norma, es que aquellas personas que sean condenadas por segunda vez por algún delito establecido en la Ley N°20.000, cumplan efectivamente la sanción correspondiente y que no sea posible para ellos acceder a la aplicación de alguna de las penas que sustituyen las restrictivas o privativas de libertad.

La contra excepción a lo dicho en los párrafos precedentes, está contenida en la misma norma del artículo 62 de la Ley N°20.000, que luego de prohibir la aplicación de las alternativas de sustitución, manifiesta que: *“...a menos que le sea reconocida la circunstancia atenuante establecida en el artículo 22”*, es decir, vuelve a otorgar la posibilidad de acceder a ellas si se ha cooperado eficazmente al esclarecimiento de los hechos.

En similares términos lo señala el artículo 1, inciso 3°, de Ley N°18.216 modificada por la Ley N°20.603, al establecer en el artículo 1, inciso 3°, parte final: *“... a menos que les hubiera sido reconocida la circunstancia atenuante prevista por el artículo 22 de la ley N°20.000”*.

De lo señalado anteriormente nace la discusión relativa a cuáles penas sustitutivas se podría acceder, entendiendo desde ya que sólo se podría acceder a la reclusión nocturna o a la reclusión parcial —establecida esta última en la Ley N°20.603—, toda vez que en el caso de la remisión condicional, libertad vigilada y libertad vigilada intensiva, el no haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, es un requisito de procedencia general para acceder a dichas sustituciones.

No obstante lo anterior y en virtud de la redacción del texto, debemos necesariamente preguntarnos si la norma del artículo 62 quiso, por el solo hecho de haber cooperado eficazmente a la investigación, eliminar las condenas anteriores como requisito para acceder a alguna pena sustitutiva o sólo eliminar la prohibición de acceder a ellas.

Así entonces, si entendemos que esta norma hace una ficción en el sentido de que el cooperador eficaz nunca fue condenado anteriormente, permitiría con ello la aplicación de cualquiera de las penas sustitutivas establecidas por la Ley 18.216, incluso aquellas que establecen como requisito el no haber “*sido condenado anteriormente por crimen o simple delito*”, como así también los demás presupuestos que se deben cumplir para su procedencia.

Debemos considerar además que el reconocimiento de la cooperación eficaz es una facultad exclusiva del Ministerio Público, mientras que la decisión de conceder la sustitución de una determinada pena es una facultad jurisdiccional que corresponde por ende a los tribunales de justicia, quienes deben contar con elementos de carácter objetivos que permitan tomar una decisión al momento de evaluar la concesión de un determinado beneficio, los que a nuestro juicio no pueden estar sujetos a la condición del reconocimiento del Ministerio Público.

Por otra parte, interpretar el artículo 62 en el sentido que hemos señalado anteriormente, podría ser entendido como una arbitrariedad y por tanto una afectación a la garantía constitucional de la igualdad ante la ley, ello en razón de que sólo sujetos que cometen delitos de la Ley N°20.000 y que cooperan con el fiscal podrían verse privilegiados no sólo con una rebaja de la pena establecida para esta especial cooperación, sino además, con el otorgamiento de una pena sustitutiva aun no cumpliendo con los requisitos generales establecidos para todo condenado.

En virtud de lo razonado precedentemente y lo señalado al inicio de nuestro análisis, somos de la opinión que sólo se podría acceder a la reclusión nocturna y reclusión parcial, toda vez que en el caso del resto de las situaciones, el no haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito, es un requisito de procedencia general para acceder a dichas medidas.

Sustenta nuestra conclusión, lo señalado en el mensaje del ejecutivo del proyecto de ley sobre medidas alternativas al cumplimiento de las penas el que en lo pertinente señaló que: *“Por otra parte, el proyecto repone la procedencia de las medidas alternativas al cumplimiento de la pena, contempladas en la ley N°18.216. Con ello, en los casos en que se cumplan sus requisitos, de un lado, podrá lograrse mayor cantidad de condenas, con el consiguiente efecto social preventivo; del otro, se obtendría una significativa descongestión en los recintos penitenciarios, para dar lugar a aquellos condenados que deben cumplir efectivamente las penas más altas”*⁷.

Por su parte, el entonces Subsecretario del Interior destacó que *“...la ley exige, como requisito para aplicar dos de las tres medidas alternativas, la remisión condicional y la libertad vigilada, no haber sido condenado con anterioridad por crimen o simple delito. Sólo en el caso de las reclusión nocturna se da la posibilidad de obtenerla, si la persona fue condenada a una pena privativa de libertad que no excede de dos años, o a más de una, si no exceden de ese límite. Tal vez se podría decir que no se aplicará ninguna de las medidas alternativas contempladas en la ley N°18.216 si el sujeto ha sido condenado con anterioridad por alguno de los delitos contemplados en esta ley o en la ley N°19.366, sea que haya cumplido o no efectivamente la condena. La Comisión acogió los puntos de vista del señor Subsecretario, conviniendo en que no se apliquen las medidas alternativas a quien haya sido condenado por sentencia ejecutoriada, aunque ésta no se hubiese cumplido efectivamente”*⁸.

De lo expresado anteriormente, se entiende que para que procedan dichos beneficios deben cumplirse los requisitos señalados en la propia Ley 18.216, de acuerdo a las reglas generales.

Por su parte los autores Politoff, Matus y Ramírez⁹ señalan que la Ley N°20.000 vino a echar pie atrás a las restricciones que el artículo 40 de la Ley N°19.366 imponía a la aplicación de las medidas alternativas de reclusión nocturna y libertad vigilada a los condenados por delitos contemplados en ella, a menos que se le hubiera reconocido la atenuante de cooperación eficaz, cuando se constató en la realidad que provocaría un aumento desproporcionado de la población penal recluida por este tipo de delitos. Así enton-

7 Boletín 2439-20, 1. Primer Trámite Constitucional, Cámara de Diputados. 1.1. Mensaje del Ejecutivo.

8 Senado. Fecha 3 de agosto, 2004. Cuenta en Sesión 19, Legislatura 351. Informe complementario del segundo informe de la comisión de constitución, legislación, justicia y reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que sustituye la Ley N°19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Boletín N°2.439-20.

9 SERGIO POLITOFF L., JEAN PIERRE MATUS A. Y MARÍA CECILIA RAMÍREZ G., *Lecciones de Derecho Penal*, Parte especial, Segunda edición, capítulo 22: delitos relativos al tráfico ilícito de estupefacientes, p. 612. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

ces, el proyecto de ley lograba condenas y a su vez descongestión de recintos carcelarios.

La Ley N°20.000 entonces, en su artículo 62, mantiene una limitación a los beneficios de la Ley N°18.216, pero como dicen los autores, restringida ahora únicamente a los que hubiesen sido condenados con anterioridad por alguno de los crímenes o simples delitos de la ley en comento, con la sola excepción de haber cooperado eficazmente, compartiendo lo concluido por ellos, en cuanto a que esta limitación, sólo es aplicable, en realidad, a los supuestos en que el condenado puede ser beneficiado con la **reclusión nocturna**, único caso en que la Ley N°18.216 permite conceder un beneficio a una persona previamente condenada, haya o no cumplido la condena.

En conclusión, la persona que ha sido condenada anteriormente por algún crimen o simple delito establecido en la Ley N°19.366 ó 20.000 sólo tendrá la posibilidad de acceder a reclusión nocturna o reclusión parcial en la medida que la cooperación prestada por el acusado sea reconocida por el Ministerio Público y acogida por el Tribunal, no viéndose afectado el principio de igualdad ante la ley que fuere analizado anteriormente.

Finalmente, es posible denegar una pena sustitutiva, aun cuando desde el punto de vista formal, se encuentran satisfechas las exigencias para decretarla de la Ley N°18.216 y así se explica de la lectura del fallo dictado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol N°1811-12, de fecha 31 de diciembre de 2012, cuyo extracto se pasa a reproducir:

“SEGUNDO: *Que la redacción de las normas transcritas precedentemente, demuestra que la ley en forma terminante, atendido los valores jurídicos en juego, prohíbe a los reincidentes recibir penas sustitutivas o medidas alternativas y la contraexcepción señalada no es obligatoria para los jueces, toda vez que, atendidas las circunstancias, modalidades y condiciones relevantes de los hechos punibles, solamente por una vía jurisdiccional y cuando se ha acogido la atenuante del artículo 22 de la Ley 20.000, es posible conceder una pena sustitutiva o una medida alternativa, de tal manera que los jueces del tribunal de juicio oral al ordenar el cumplimiento efectivo de la pena y no acceder a su cumplimiento en la modalidad de reclusión nocturna, han actuado en forma adecuada y pertinente a las normas legales que rigen la materia y en el uso de sus facultades.*

TERCERO: *Que la Ley 18.216, que ha sido modificada por la Ley 20.603, ha mantenido su objetivo primordial, cual es, resocializar, corregir, rehabilitar y procurar la incorporación del delincuente a la vida social, bajo los márgenes de la legalidad y de los valores morales implícitos, pero para que ello ocurra, el individuo debe tener la decisión y la voluntad de adoptar un comportamiento adecuado, exento de reproches penales, lo que no ocurre en la especie, toda vez que, el condenado Briones Ortíz fue sancionado por sentencia ejecutoriada, por su responsabilidad de autor en un delito de la misma especie del que trata este juicio, ya que el 2 de Diciembre de*

2010, es decir, recientemente, fue objeto de una sanción por un ilícito similar, con los beneficios pertinentes, lo que no lo disuadió de volver a delinquir como ocurre en esta causa, en consecuencia, los objetivos de la Ley 18.216 se ven severamente frustrados, especialmente en lo que se refiere a la letra c) del artículo 8° de tal normativa, según su redacción anterior y según la letra actual, en cuanto a presumir que la medida de reclusión nocturna lo disuadirá de cometer nuevos ilícitos, constituyendo su rechazo o aceptación una facultad propia de los jueces de garantía o del juicio oral.

CUARTO: *Que en relación a lo anterior, esta Corte deja constancia que si bien desde un punto de vista formal podría entenderse que se encuentran satisfechas las exigencias para otorgar la reclusión nocturna, esto es, los antecedentes anteriores del imputado, que presentan una pena corporal mínima y la extensión de la sanción actual, no es menor desde el punto de vista del fondo, que se estima que Briones Ortíz no es merecedor a cumplirla en reclusión nocturna, porque ha sido refractario a satisfacer las finalidades de la Ley 18.216 y en tales condiciones no se acogerá la petición del recurrente, en cuanto a conceder la medida de reclusión nocturna”.*

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN DELITOS SEXUALES
Y VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

INDETERMINACIÓN TEMPORAL FÁCTICA DE LA ACUSACIÓN, DERECHO A LA DEFENSA Y HALLAZGOS CIENTÍFICOS EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS PROCESOS DE MEMORIA EN NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES

Karen Guzmán Valenzuela¹

Durante el año 2012, la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar realizó una revisión de fallos pronunciados por tribunales orales en lo penal de todo Chile en los que se había condenado al acusado por la comisión de un delito sexual en carácter de continuado. Al analizar los fallos revisados, se observó que algunos tribunales aplicaban esta figura, por estimar que se cumplían los requisitos que parte de la doctrina considera deben concurrir para su configuración; en otros, en cambio, se advirtió que pese a que se había acreditado la existencia de varios episodios abusivos, cometidos en un contexto temporal diverso en contra de una misma víctima, pero en los que no se había podido establecer fechas precisas respecto de cada uno de aquellos eventos, el tribunal condenó por delito continuado, justificando su decisión en esta misma “indeterminación temporal” de los hechos².

En estos casos se hace referencia y se justifica la calificación aludida por parte del tribunal, invocando como fundamento la infracción al principio de congruencia consagrado en el art. 341 del C.P.P.^{3 4} y al derecho a la defensa.

- 1 Abogada de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.
- 2 En este sentido, Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, 25 de enero de 2010, RUC N°0900583907-3, RIT N°112-2009, considerando 17°; Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 31 de octubre de 2010, RUC N°0900811647-1, RIT N°144-2010, considerando 16° y Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 11 de mayo de 2011, RUC N°0901228405-2, RIT N°162-2011, considerando 12°.
- 3 Artículo 341 C.P.P.: “*La sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella... Con todo, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia... Si durante la deliberación uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella*”.
- 4 En este artículo no se desarrollará la temática relativa al principio de congruencia, sin embargo, se puede consultar en este sentido: LÓPEZ ROJAS, Dayán. “Otra mirada en torno a la regla de congruencia en el proceso penal cubano”. En: *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 4, N°1, Enero – abril 2013, págs. 87-119; DEL RÍO FERRETTI, Carlos. “Deber de congruencia (rectius, correlación) de la sentencia penal y objeto del proceso: un problema no resuelto en la ley e insoluble para la jurisprudencia chilena”. En: *Revista Ius et Praxis*, N°2, año 14, 2008, págs. 87-125;

Así, algunos fallos indican que la falta de precisión de dos o más conductas independientes, traducidas en una descripción global que incluye de manera genérica todas las descripciones típicas que se suponen ejecutadas en un determinado lapso, no cumplen con el requisito relativo a la relación circunstanciada de el o los hechos que se atribuyen al acusado, de conformidad con el art. 259⁵ del C.P.P.

En las sentencias analizadas, se sostiene que la reiteración requiere una mayor precisión por parte de la imputación en los distintos hechos que se atribuyen al acusado, sobre todo, por el rango de pena que puede aplicársele. En definitiva, ciertos tribunales consideran que el requerimiento de una mayor pena trae aparejada también una exigencia mayor en la precisión del contenido fáctico de la acusación respecto a la diversidad de hechos, con una fijación separada de fechas, de horarios, de circunstancias, de modo que el imputado pueda defenderse adecuadamente de la imputación que se le formula.

En este artículo se abordarán precisamente los argumentos formulados por los tribunales para aplicar la figura del delito continuado en los casos en que existe “indeterminación temporal” de los hechos de la acusación y se hará también referencia a la fundamentación judicial que sostiene que esta situación afectaría al derecho a la defensa del acusado. Posteriormente, se describirán los hallazgos de las investigaciones respecto de los procesos de memoria en niños y niñas de corta edad y, la posibilidad de recordar circunstanciadamente hechos abusivos reiterados en el tiempo. Finalmente, se hará una reflexión en torno a la posibilidad de conciliar estos resultados con los principios jurídicos en juego ya mencionados.

Indeterminación temporal fáctica de la acusación⁶

Como se sabe, en materia de delitos sexuales, las víctimas corresponden mayoritariamente a niños, niñas y adolescentes, siendo aproximadamente el

SERRET LARA, Anet. “Los problemas del objeto del proceso a la luz del principio de correlación imputación-sentencia en el proceso penal cubano”. En: *Revista Derecho Penal y Criminología*, N°95, Volumen XXXIII, julio-diciembre 2012, págs. 13-28. En la jurisprudencia relacionada con el principio de congruencia en materia de delitos sexuales, destacan dos fallos: Corte Suprema, 19 de agosto de 2008, Rol N°3193-08 y Corte Suprema, 6 de noviembre de 2012, Rol N°6902-12.

5 Art. 259 C.P.P.: “La acusación deberá contener en forma clara y precisa: ...b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;...La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica”.

6 Junto con los fallos ya citados, también se refieren a la indeterminación temporal fáctica de la acusación las siguientes sentencias: Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 3 de octubre de 2009, RUC N°0800435687-0, RIT N°242-2009; Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 30 de abril de 2010, RUC N°0800262128-3, RIT N°67-2010; Sexto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 16 de marzo de 2011, RUC N°0900699396-3,

70% de las víctimas ingresadas al sistema judicial en esta clase de delitos⁷. En este contexto y considerando las dificultades que presentan las víctimas en general y, particularmente este grupo etéreo para recordar eventos traumáticos como se describirá más adelante, es común que al ente persecutor le sea bastante difícil precisar circunstanciadamente los hechos constitutivos del ilícito que investiga y por los que luego, acusa.

Si a lo anterior se suma la dinámica propia de los delitos sexuales, especialmente, cuando éstos se presentan en un contexto familiar o entre conocidos, en los que es común la multiplicidad de eventos abusivos, resulta frecuente que la descripción fáctica de la formalización y de la acusación en estos ilícitos sea redactada en términos tales como: *“En fechas indeterminadas entre los meses de junio y agosto del año....., en el domicilio ubicado en....., el acusado accedió carnalmente por vía vaginal a la menor de iniciales.....nacida el.....”* o, *“desde marzo de 2010 hasta el mes de agosto de 2012, en reiteradas ocasiones, el acusado realizó tocaciones en la vagina y pechos de la menor de iniciales...., nacida el....., en el domicilio que ambos compartían de.....”*.

Frente a esta descripción fáctica y realizados los respectivos juicios orales, algunos tribunales han razonado en el sentido indicado por el Tribunal Oral en lo Penal de Puerto Montt, en el fallo dictado el 25 de enero de 2010, RUC N°0900583907-3, RIT N°112-2009⁸, en su considerando decimoséptimo: *“...Que, el Tribunal para establecer la calificación que atribuirá en definitiva a los hechos que se tengan por establecidos, no sólo supone el análisis de la prueba incorporada a juicio con la finalidad de demostrar las circunstancias fácticas imputadas, sino que exige además, una adecuada valoración de la acusación, en cuanto actuación procesal relevante para la decisión jurisdiccional, habida consideración de lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal, en cuanto establece que la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación, por lo que no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella; congruencia fáctica que la ley extiende también a la formalización y a la acusación, según se desprende del artículo 259 del citado texto legal. Esta obligación que la ley ha impuesto a los tribunales deviene en un análisis valorativo de la imputación formulada por el Ministerio Público en el libelo acusatorio, la que además se encuentra íntima-*

RIT N°30-2011 y Tribunal Oral en lo Penal de Temuco, 16 de marzo de 2011, RUC N°0901029030-6, RIT N°20-2011. Algunos tribunales se refieren a esta situación como indeterminación procesal, por ejemplo, el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, en fallo del 7 de enero de 2011, RUC N°1000344442-8, RIT N°234-2010, considerando 6°.

7 MAFFIOLETTI CELEDÓN, Francisco y CASTRO HUERTA, Sofía. “Aproximación fenomenológica de los delitos sexuales en Chile. La realidad nacional.” En: *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N°47, Santiago, Chile, Ministerio Público, 2011, p. 205.

8 En este caso, se tuvieron por acreditados los siguientes hechos: *“...Que en fechas no determinadas durante el año 2008 hasta junio del año 2009, el acusado..., en el domicilio ubicado en el sector... de la ciudad de Puerto Montt, accedió carnalmente por vía bucal a la menor de iniciales..., nacida el..., hija de y reconocida legalmente por él”*.

mente vinculada con la formalización, en cuanto ambos constituyen actuaciones unilaterales del ente persecutor, que no pueden ser impugnadas o dejadas sin efecto por los jueces y que se encuentran enmarcados en la función de ejercer la acción penal pública que la ley asignó a dicho organismo dentro del procedimiento penal; todo ello en consideración al derecho de defensa que ampara al acusado respecto de los hechos y circunstancias que se le imputan...Que en este caso, la imputación formulada en el libelo acusatorio, pretendió atribuir a las acciones desplegadas por el agente, el carácter de reiteradas sin precisar las dos o más conductas independientes, que de acuerdo a su teoría del caso permitirían configurar la existencia de delitos reiterados, conforme al concepto antes referido, siendo insuficiente para ello una descripción global que incluya de modo genérico todas las descripciones típicas que se suponen ejecutadas enmarcándolas en un lapso determinado, sosteniendo en el uso de las expresiones “durante el año 2008 y hasta junio de 2009 ..de manera reiterada... en varias ocasiones...”; toda vez que en el evento de acoger el Tribunal la pretensión de los acusadores, en ausencia de la descripción fáctica de los episodios, eventos, contextos o hechos que se suponen cometidos en contra de la víctima y que se atribuyen al acusado, ello significaría una vulneración evidente al derecho a defensa, cuya consideración subyace en las exigencias legales impuestas al Ministerio Público y a los Tribunales de justicia en orden a consignar, tanto en la acusación como en la sentencia respectivamente, una relación circunstanciada de él o los hechos que se atribuyen y la calificación jurídica de los mismos, como se desprende de los artículos 259 letra b) y 342 letra c) del estatuto procesal penal, principio consagrado también en los artículo 14 N°3 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8 N°2 letra b) del Pacto San José de Costa Rica...Esto resulta relevante, ya que conforme a los argumentos expuestos por el Tribunal, si existen falencias a nivel imputativo, como ha ocurrido en la especie, aún cuando resulten probadas en juicio las diversas acciones atribuidas al acusado, el Tribunal se encuentra impedido para adecuar o ajustar los hechos contenidos en la acusación conforme a la actividad probatoria desarrollada en el juicio, bajo sanción de nulidad por infracción a lo dispuesto en el artículo 341 del Código Procesal Penal, como lo establece el artículo 374 letra f) del mismo texto legal; de lo que se desprende de manera palmaria que las actividades imputativa y probatoria son diversas y se encuentran sujetas a imperativos legales específicos...Que si bien es cierto, el contenido fáctico de los hechos que ha tenido por acreditado el tribunal, podrían permitir como lo pretendían los acusadores, sostener que los ilícitos cometidos en contra de la víctima, correspondían a tres figuras diferentes, no es menos efectivo, que la indeterminación temporal de cada uno de los episodios atribuidos, conspiran a tal consideración...”.

En términos similares, el Primer Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, en fallo pronunciado el 31 de octubre de 2010, RUC N°0900811647-1, RIT N°144-2010⁹, afirma en su considerando decimosexto: “...Tal como se ade-

9 Los hechos que se tuvieron por acreditados son los siguientes: “Que en fechas indeterminadas entre los meses de junio a agosto del año 2009, en el domicilio ubicado en..., comuna de..., el acusado..., sostuvo relaciones sexuales –vía vaginal– con la menor..., de 13

lantó en el veredicto, los hechos descritos anteriormente constituyen la existencia de un delito de violación de una menor de edad, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, perpetrado en esta ciudad en fechas indeterminadas entre los meses de junio a agosto del año 2009, en la comuna de Pudahuel, delito que se sancionará en carácter de continuado, atendidos los siguientes fundamentos... En primer lugar, como ya se razonó latamente el punto en el considerando decimotercero, párrafo 1°, el sustrato fáctico de la acusación cuando trata de circunscribir el marco temporal donde se efectuaron los actos sexuales adolece de una deficiente redacción, pues no da margen para fijar los distintos encuentros sexuales, con el objeto de ser considerados como delitos reiterados. En efecto, como ya se explicó no queda claro desde cuándo debe comenzar a computarse ese período, toda vez que se utilizan expresiones poco claras y sobre todo coincidentes con el período de los presuntos abusos sexuales, sin efectuar diferencias en unidades de tiempo, que deben ser apreciadas objetivamente... Esta deficiencia afecta sin duda el derecho a la defensa técnica, ya que ante la vaguedad es imposible acreditar lo que el acusado hizo o no hizo en cada día que comprende ese lapso indefinido. Por eso, hubo que recurrir a los dichos de la víctima para esclarecer esas falencias, quien tampoco corroboró los antecedentes de la investigación, en cuanto a que la actividad sexual había comenzado el año anterior, sino que introdujo una nueva información referida al mes de junio de 2009, que hubo que valorar en su contexto. De lo anterior se colige que fijar un marco temporal para los efectos de determinar las condiciones mínimas que requiere un hecho probado –como verdad procesal se entiende– implicó en la especie conjugar diversos factores probatorios que no fueron del todo solventes, puesto que esa dimensión temporal quedó a lo más especificada con un lapso de tres meses. Dentro de este período tampoco fue posible precisar el número de veces en que los involucrados tuvieron relaciones sexuales ni tampoco cuál fue la primera o cuál fue la última, ya que sólo es posible atender a aproximaciones... Consecuencia de esa falta de precisión en el marco temporal no se cumple en principio con los requisitos que el Código Procesal Penal exige a todo sentenciador para fijar el hecho probado. Por eso mismo, aunque hay elementos para colegir que existieron más de dos encuentros sexuales en ese período, la reiteración exige de la imputación una mayor precisión en los distintos hechos que se atribuyen al justiciable, sobre todo por el rango de pena que enfrenta ese ciudadano y que obliga al órgano jurisdiccional a elevar la sanción en un grado,

años de edad a esa fecha, nacida el...”. En el considerando décimo tercero del mismo fallo, se establece que: “...1.- Época de los actos sexuales: En primer lugar, es dable destacar que la redacción del sustrato fáctico de la acusación en relación a este hecho es deficiente, confusa e inadecuada, ya que comienza a fijar un marco temporal a partir de agosto del año 2008, pero en relación a los presuntos abusos sexuales. Luego, la acusación indica que “durante los días siguientes”, continuaron los eventuales abusos, sin precisar el inicio de ese período o alguna referencia a cuáles fueron esos días, para luego proseguir con una frase que introduce el núcleo de este delito, toda vez que se expresa que “... hasta que penetró vaginalmente a la menor de edad”. Como puede apreciarse no se indica con exactitud la época en que habrían ocurrido esos actos sexuales de penetración vaginal. Tampoco remedia lo anterior el párrafo final que se refiere a la reiteración de esas conductas, pues sólo se limita a fijar como límite final el día 17 de agosto del año 2009, pero no aclara en qué fechas se cometieron”.

debiendo fundamentar las razones que se tuvo para arribar a esa determinación. En otras palabras, la exigencia de una mayor pena debe también sustentarse en mayor precisión respecto de la redacción del factum, para que no quepa dudas que se le está sancionando por hechos diversos, separados entre sí, en los que hay una fijación separada de fechas, de horarios, de circunstancias, pues sólo de esa manera se podrá garantizar que el imputado responda adecuadamente a la imputación que se le formula. Obviar esa exigencia, y aplicar una pena ostensiblemente superior sin considerar estas advertencias, sin duda conduce a la arbitrariedad... En consecuencia, dado que la reiteración de delitos exige mayor prolijidad en la descripción fáctica, dada la mayor pena que postula, lo que no se ha cumplido en el presente caso; que se dan los requisitos que la doctrina exige para estar en presencia de un delito continuado..., el Tribunal concluye que ha de calificarse los distintos actos sexuales, que configuran el delito de violación a una menor de edad, ocurridos entre los meses de junio a agosto del año 2009, como un solo delito consumado, que tiene el carácter de continuado”.

Como se observa de los párrafos de las sentencias transcritos, algunos tribunales orales estimaron que pese a que se acreditaron varios hechos abusivos en el juicio oral con la prueba rendida, la descripción fáctica de la acusación se apreció como general, global e insuficiente para calificar los múltiples hechos probados como delitos reiterados. Se trata de la posición de algunos tribunales orales, ya que otros no han considerado esta descripción fáctica como un obstáculo para condenar por delito reiterado.

La Corte de Apelaciones de Arica, en resolución de 9 de agosto de 2010, Rol N°150-2010, rechaza un recurso de nulidad interpuesto por la defensa, recogiendo esta última posición, indicando en el considerando segundo que: “SEGUNDO: Que en el motivo segundo del fallo impugnado se consigna la acusación sostenida por el ente persecutor, al efecto: “Durante el transcurso del año 2006, precisamente a partir del mes de Agosto de ese año, hasta Octubre del año 2007, el imputado en reiteradas oportunidades, a lo menos en cinco, accedió carnalmente, vía vaginal, a la menor de iniciales..., quien en la época tenía entre 12 a 13 años de edad, lo cual realizaba cuando la madre de la menor, quien era su conviviente, salía a trabajar desde las 08:00 hasta las 15:30 horas, ocasión en que el imputado...”. De lo anterior, se advierte que la época de perpetración de los hechos se encuentra debidamente establecida, acotándose a un espacio de tiempo determinado, sin embargo, cabe señalar que, en razón de la naturaleza de los delitos no es posible establecer con exactitud cada acontecimiento y su fecha, lo que en absoluto es constitutivo de un impedimento del derecho a la defensa, la que por el contrario, ha sido ejercida cabal y adecuadamente”.

El anterior fallo es interesante pues recoge como argumento para rechazar el recurso de nulidad, las dificultades para hacer una relación más circunstan-

ciada de los hechos constitutivos de este tipo de delitos dada la naturaleza de los mismos. Más adelante, se volverá sobre este tema¹⁰.

Derecho a la defensa

Como se indicó en líneas anteriores, algunos tribunales han estimado que la llamada indeterminación temporal fáctica de la acusación afectaría el derecho a la defensa, pues el acusado se vería impedido de defenderse adecuadamente de los cargos que se le formulan.

En términos generales, el derecho de defensa consiste en “*la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe*”¹¹. También se ha definido como la facultad que tiene toda persona para proveerse de la asesoría letrada y “*formular todas las peticiones y ejercer todas las acciones que estime pertinentes para el resguardo de los derechos contemplados en la Constitución y las leyes. Tratándose del derecho de defensa en el proceso penal, ... consiste en el derecho del imputado para formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedi-*

10 Valga decir que en España también se encuentran fallos en este sentido, con la diferencia que en dicho país se consagra legalmente la figura del delito continuado en delitos sexuales. Así por ejemplo, la Sala Segunda del Tribunal Supremo Español, en resolución de fecha 23 de abril de 2010, Roj STS 2207/2010, N° de Recurso 10964/2009, N° de Resolución 422/2010 indica: “*Se queja también la parte impugnante de que no se pormenoricen en el relato fáctico los episodios singulares que integran la base fáctica del delito continuado. Sin embargo, y como es sobradamente conocido, en los delitos contra la libertad sexual perpetrados en el ámbito familiar durante un periodo de tiempo que abarca varios años no resulta factible concretar fechas determinadas, ni tampoco se considera necesario para subsumir las conductas en la norma penal especificar fechas y horas, pues se parte siempre de que la prueba acredita que las acciones han sido numerosas en el curso del tiempo, dada la facilidad y multitud de ocasiones que propicia el marco familiar para ejecutar esta clase de conductas sobre una menor de edad. Especialmente en un caso como el presente en el que la madre trabaja fuera del hogar. Por consiguiente, y a tenor de lo razonado sobre la enervación del derecho a la presunción de inocencia, el motivo no puede prosperar*”. El artículo 74.1 del Código Penal español señala: “*El que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado... 3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva*”.

11 VÁSQUEZ ROSSI, Jorge. *El proceso penal. Teoría y práctica*. Buenos Aires, Argentina, Editorial Universidad, 1986, p. 49, citado por HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I, p. 226.

miento, *salvas las excepciones expresamente previstas en [el Código Procesal Penal] (artículo 8°)*¹².

Carocca define la defensa procesal como la “*garantía constitucional que asegura a los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso sus alegaciones y sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. En definitiva, se trata de la garantía de la participación de los interesados en la formación de la decisión jurisdiccional*”¹³.

Según Horvitz y López, el derecho a defensa comprende, a su vez, los siguientes derechos para el imputado:

- a) *El derecho a ser oído, lo que supone el derecho a conocer el contenido de los cargos que se le imputan y los antecedentes que los fundan, a objeto de ejercer adecuadamente su derecho a defenderse y a formular los planteamientos y alegaciones que convengan a su defensa;*
- b) *El derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo;*
- c) *El derecho a probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal;*
- d) *El derecho de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable, y*
- e) *El derecho a defenderse personalmente o, si esto no le fuera permitido, elegir un defensor para que lo represente o asista*¹⁴.

El derecho a la defensa del imputado comprende tanto la defensa material como la técnica. En lo que aquí interesa, se sostiene por la doctrina que para poder defenderse eficazmente, el imputado requiere conocer el contenido de la imputación que se le hace; de modo que si no lo conoce, no puede defenderse, produciéndose una situación de indefensión. El conocimiento acerca de la imputación supone tener información clara y precisa del contenido de la misma, lo que se refleja en una relación circunstanciada de el o los hechos que

12 MATURANA MÍQUEL, Cristián y MONTERO LÓPEZ, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. actualizada y complementada, Santiago, Chile, AbeledoPerrot, Legal Publishing, 2012, Tomo I, p. 132.

13 CAROCCA PÉREZ, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, Barcelona, España, Editorial Bosch, 1998, p. 100. También lo considera como una garantía constitucional: MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. 2ª ed., Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1999, Tomo I, p. 552.

14 HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I, p. 227.

se le atribuyen, considerando el tiempo, lugar y circunstancias que lo rodearon. Estos requisitos no los cumpliría una acusación genérica¹⁵.

En este mismo sentido, a propósito de la indeterminación fáctica de la acusación, Maier plantea que: *“El concurso material de hechos punibles (CP, 55) agrega, en la práctica un caso llamativamente persistente, que, sin embargo, sólo tangencialmente se puede considerar incluido en esta problemática. Ya por error en la descripción de lo que se imputa o porque, realmente, el acusador no ha podido definir circunstanciadamente los diversos hechos punibles homogéneos o similares que atribuye, por defecto probatorio, se interponen acusaciones indefinidas, en las cuales lo único cierto es la atribución de varios comportamientos homogéneos o, al menos, similares, en un período temporal. La sentencia no puede superar esta indefinición, por lo que le será lícito verificar el concurso material de hechos punibles, pero nunca condenar por más de dos de ellos o, en su caso, por uno más de los definidos circunstanciadamente. Es lícito también considerar que se trató de un concurso continuado de hechos punibles, si el debate da pie para ello, porque la figura penal considera único –para la reacción penal– aquello que, en la realidad, se presentó como múltiple (temporal o espacialmente), y de tal manera, se beneficia al imputado”*¹⁶.

Como se puede observar, el conocimiento que tenga el imputado acerca de los hechos de la imputación es considerado como un elemento fundamental para establecer el respeto al derecho a la defensa. En este sentido, la doctrina estima que una imputación clara y precisa en cuanto al tiempo, lugar y circunstancias que rodearon al hecho atribuido es la que permite al imputado defenderse adecuadamente; cuestión que no se cumpliría en el caso de acusaciones genéricas, como por ejemplo en las acusaciones que recaen sobre delitos sexuales reiterados en el tiempo, en los que no se ha fijado la fecha precisa respecto de cada uno de los episodios abusivos acontecidos.

Hallazgos científicos en la investigación de la memoria en niños y niñas víctimas de delitos sexuales

Más de un siglo de investigación en la Psicología del Testimonio ha llevado a asentar algunos principios acerca de los procesos de memoria en las personas tales como que la memoria no reproduce sino que reconstruye el pasado y, que los testigos exhiben una gran variedad de tipos de memoria¹⁷. Múltiples

15 En este sentido: CAROCA, ob. cit., págs. 259-260; TORO CORNEJO, Ibed. *El derecho al debido proceso*. Santiago, Chile, Ediciones El Jurista, 2012, p. 171; CAROCA PÉREZ, Alex. *El nuevo sistema procesal penal*. 3ª edición, Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2005, p. 86; RIEUTORD ALVARADO, Andrés. *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007, págs. 75-76; MAIER, ob. cit., págs. 553, 558-559.

16 MAIER, ob. cit., p. 577.

17 HERVÉ, Hugues F.; COOPER, Barry S. y YUILLE, John C. “Biopsychosocial Perspectives on Memory Variability in Eyewitnesses”. En: COOPER, Barry S., GRISEL, Dorothee y TERNER, Marguerite. (Editors). *Applied Issues in Investigative*

investigaciones acerca de los procesos que subyacen y los factores que afectan el recuerdo de un evento pasado se han llevado a cabo¹⁸, especialmente, con víctimas de delitos y, particularmente, con víctimas de delitos sexuales, atendidas las repercusiones jurídicas que tienen los relatos de las víctimas acerca de los eventos que han vivido.

La literatura especializada ha descrito latamente los distintos factores que pueden afectar el recuerdo de un evento. Así, por ejemplo, destacan entre estas variables: la atención y el procesamiento de la información objetivo; la distinción y la relevancia de los detalles del hecho; la información relacionada; la deseabilidad social y la motivación; el conocimiento previo, los prejuicios y las expectativas; la presencia de estrés o trauma al momento de la ocurrencia del episodio; el intervalo presente entre el evento y su recuerdo; la edad de los testigos; las diferencias individuales, etc.¹⁹.

En el caso de los delitos sexuales con víctimas menores de edad, interesa relevar los hallazgos relativos a la influencia que tiene la edad del testigo en los procesos de memoria. Se sabe que mientras más jóvenes son las víctimas, presentan mayores dificultades para comprender, codificar y recuperar los recuerdos de los sucesos que las afectaron²⁰. Así, por ejemplo, la codificación de los episodios –entendida como el proceso por el cual las experiencias que vive una persona son transferidas a su memoria–, presenta dificultades en los niños y en las niñas pues algunos tipos de información no son capaces de almacenarlas pues no las entienden. La información acerca de los eventos es más fácil almacenar cuando se puede asociar con otras experiencias. Obviamente, los niños y las niñas tienen pocas experiencias con las que hacer estas asociaciones y por ello, es común que ciertas vivencias no las guarden en su memoria²¹.

Interviewing, Eyewitness Memory, and Credibility Assessment. Springer New York Heidelberg Dordrecht London, 2013, págs. 102-103.

- 18 Para profundizar acerca de los procesos de memoria en general, consultar, entre otros: SMITH, Edward E. y KOSLYN, Stephen M. *Procesos Cognitivos. Modelos y bases neuronales*. España, Pearson Prentice Hale, 2008, capítulos 4, 5, 6 y 8.
- 19 POWELL, Martine. Eyewitness Testimony. [en línea]. Disponible en: http://www.amparoyjusticia.cl/v2/seminario2011/docs/2011/powell_testimonio_de_los_testigos.pdf [fecha de consulta: 14 de agosto de 2013].
- 20 PAZ-ALONSO, Pedro A.; OGLE, Christin M. y GOODMAN, Gail S. “Children’s Memory in “Scientific Case Studies” of Children Sexual Abuse: A Review. En: COOPER, Barry S., GRISEL, Dorothee y TERNER, Marguerite. (Editors). *Applied Issues in Investigative Interviewing, Eyewitness Memory, and Credibility Assessment*. Springer New York Heidelberg Dordrecht London, 2013, Capítulo 6, p. 149.
- 21 LA ROOY, David J., MALLOY, Lindsay C. y LAMB, Michael E. “The Development of Memory in Childhood”. En: LAMB, Michael E.; LA ROOY, David J.; MALLOY, Lindsay C. y KATZ, Carmit. (Edit). *Children’s Testimony. A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice*. 2ª. ed., Wiley-Blackwell, John Wiley & Sons, Ltd., United Kingdom, 2011, págs. 50 y 51.

Limitaciones cognitivas relacionadas con la capacidad lingüística de los niños y de las niñas –en comparación con los adultos, los niños y las niñas pequeños tienen un vocabulario más limitado e idiosincrático e interpretan las palabras en forma más concreta y restrictiva–²², con las estrategias para recuperar recuerdos y con la comprensión de los actos abusivos como tales, sobretudo, en los más pequeños, puede contribuir a que éstos tengan dificultades para expresar y reportar información relevante acerca de lo que les ha sucedido²³.

Desde Piaget se sabe que la noción de tiempo presenta serias dificultades para los niños y las niñas. Su comprensión es una habilidad que se adquiere a lo largo del desarrollo evolutivo, incluso más allá de la adolescencia. Términos como “antes”, “después”, “primero” o “último” son problemáticos para los niños y las niñas, así como la determinación de la fecha precisa de los eventos experimentados²⁴.

Por otra parte y en relación con el tema que aborda este artículo, diversas investigaciones en el ámbito de la Psicología del Testimonio señalan que recordar un episodio específico dentro de una pluralidad de eventos es difícil para cualquier testigo, especialmente, después que ha pasado algún tiempo; estas dificultades se profundizan en el caso de los niños y niñas víctimas, por las cuestiones que se han descrito en los párrafos anteriores²⁵.

Después de experimentar en varias oportunidades un evento, los niños y las niñas –en el caso de los adultos, sucede lo mismo– tienden a dar más detalles

-
- 22 LAMB, Michael E.; MALLOY, Lindsay C. y LA ROOY, David J. “Setting Realistic Expectations: Developmental Characteristic, Capacities and Limitations”. En: LAMB, Michael E.; LA ROOY, David J.; MALLOY, Lindsay C. y KATZ, Carmit. (Edit). *Children’s Testimony. A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice*. 2ª. ed., Wiley-Blackwell, John Wiley & Sons, Ltd., United Kingdom, 2011, p. 15.
- 23 PAZ-ALONSO, OGLE y GOODMAN, ob. cit., págs. 155 y 164.
- 24 LAMB, MALLOY y LA ROOY, ob. cit., págs. 22 - 24. En el mismo sentido, LA ROOY en su exposición: “Cómo obtener la mejor información del relato de los niños y adolescentes en el marco del respeto de sus derechos”, en el IV Seminario Internacional sobre Agresiones Sexuales Infantiles. Los derechos fundamentales del niño@ víctima en el proceso penal, realizado los días 26 y 27 de septiembre de 2013, en Santiago de Chile. LA ROOY señaló: “*Los niños tienen problemas para comprender algunos conceptos como: detrás/delante/sobre/bajo, antes/después, horas/fechas/edades, talla/altura/peso, igual/distinto, él/ella/ellos. En general, respecto de las preguntas ¿cuándo ocurrió? ¿cuántas veces ocurrió?, no hay recuerdo*”.
- 25 POWELL, Martine y McMEEKEN, Lisa. “Cuéntame sobre la vez que...”: Nueve reglas de oro para entrevistar a niños acerca de un delito múltiple. [en línea]. Disponible en: http://www.amparoyjusticia.cl/v2/seminario2011/docs/2011/powell_cuentame_sobre_la_vez_que.pdf [fecha de consulta: 2 de agosto de 2013] y ROBERTS, Kim P. y POWELL, Martine B. Describing individual incidents of sexual abuse: A review of research on the effects of multiple sources of information on children’s reports [en línea]. Disponible en: http://www.amparoyjusticia.cl/v2/seminario2011/docs/2011/powell_los_efectos_de_multiples_fuentes_de_informacion_en_las_declaraciones_de_los_ninos.pdf [fecha de consulta: 2 de agosto de 2013].

comunes a muchas situaciones de un evento, pero la repetición de la experiencia disminuye su capacidad para recordar detalles específicos de una situación particular²⁶. En otras palabras, los niños y las niñas que han sido víctimas de un delito en múltiples ocasiones por el mismo agresor son capaces de relatar lo que “habitualmente sucedía”²⁷, pero en general tendrán mayores dificultades para recordar características contextuales específicas de una situación particular relacionada con el delito, tales como el lugar y la época en que estos hechos ocurrieron. En estos casos, las víctimas tenderán a mezclar detalles ocurridos en otras situaciones o, sencillamente no podrán recordar detalles más específicos de un evento en particular²⁸.

Desde la psicología, se explica esta situación, planteando que las personas desarrollan un script o guión para recordar, que refleja la mezcla de similares episodios en uno solo o, en otras palabras, una descripción genérica de un evento repetido²⁹. Todas las personas tienen y utilizan estos guiones y, en el caso de las víctimas que han sufrido crímenes reiterados, como suele suceder en el abuso sexual infantil o en la violencia intrafamiliar, también los desarrollan. De ahí que no sea extraño que víctimas que han sufrido repetitivos abusos tengan un recuerdo de lo que solía suceder y que la información acerca de episodios específicos se suela perder cuando se forma un script³⁰.

En términos adaptativos, la formación de estos guiones constituyen una eficiente estrategia para organizar y recuperar la gran cantidad de información que manejan los seres humanos³¹. Pero, esta misma habilidad cognitiva se transforma en una dificultad en el contexto judicial, a la hora de describir

26 PAZ-ALONSO, OGLE y GOODMAN, ob. cit., p. 149. Estos autores citan un estudio en el que se llegó a la conclusión que el recuerdo de eventos repetitivos como un abuso sexual recurrente es menor en calidad que el recuerdo de un evento único.

27 HERVÉ, COOPER y YUILLE, ob. cit., p. 107.

28 POWELL y McMEEKEN, ob. cit., págs. 2 y 3. En el mismo sentido, POOLE, Debra A., y LAMB, Michael E. *Investigative Interviews of Children*, 5ª ed., Washington, DC., EEUU, American Psychological Association, 2009, p. 42 y DICKINSON, Jason J.; POOLE, Debra A. y LAIMON, Rachel L. Children's Recall and Testimony. En: BREWER, NEIL y WILLIAMS, Kipling D. (Edit). *Psychology and Law. An Empirical Perspective*. The Guilford Press, New York, U.S.A., 2005, capítulo 5, págs. 160 y 161. Estos autores hacen la siguiente distinción: La capacidad de recordar de los niños y de las niñas respecto de eventos repetitivos es generalmente mejor cuando los detalles son consistentes o constantes entre éstos que cuando estos detalles difieren en los distintos eventos. En este último caso, los niños y las niñas tienden a confundir detalles de distintos episodios y consecuentemente reportan situaciones que no corresponden al episodio que se está explorando.

29 POOLE, Debra A., y LAMB, Michael E. *Investigative Interviews of Children*. 5ª ed., Washington, DC., EEUU, American Psychological Association, 2009, p. 42.

30 POOLE y LAMB, ob. cit., p. 42.

31 DICKINSON, POOLE y LAIMON, ob. cit., p. 160.

pormenorizadamente los eventos abusivos que han afectado a un niño o a una niña.

Algunas Reflexiones Finales

Ciertos tribunales han calificado como un delito continuado, múltiples episodios abusivos respecto de una víctima, en contextos temporales distintos, pero en casos en los que la prueba rendida no ha permitido establecer fechas precisas respecto de cada uno de los hechos imputados.

La argumentación esgrimida por los tribunales para llegar a esta conclusión ha sido que la solicitud de aplicación de la reiteración por parte del Ministerio Público, exige una mayor precisión de la descripción fáctica de la acusación, puesto que, de otro modo, se infringe el principio de congruencia y, en definitiva, el derecho a la defensa, ya que una descripción global que incluye de manera genérica todas las descripciones típicas ejecutadas durante cierto período de tiempo impide al acusado defenderse adecuadamente.

En los delitos sexuales, es frecuente que la víctima sea un niño o una niña y, además, muchas veces existe una relación de parentesco o cercanía entre la víctima y el agresor, lo que propicia la pluralidad de eventos abusivos. Lo anterior lleva a que en muchas investigaciones, los Fiscales suelen encontrarse con que las víctimas no son capaces de entregar mayores detalles acerca de cada uno de los hechos que las han afectado, especialmente, en lo que dice relación con la precisión temporal de cada episodio. En ciertos tribunales, ante esta situación, algunos jueces requieren una imputación fáctica precisa en cuanto al tiempo, lugar y circunstancias, para asegurar al imputado una adecuada defensa, so pena de calificar varios hechos como un solo delito continuado.

Sin embargo, la revisión de la literatura especializada en materia de procesos de memoria, muestra importantes hallazgos relativos a la influencia que tiene la edad en la recuperación del recuerdo. Así, se sabe que mientras más jóvenes son las víctimas, tienen mayores dificultades para comprender, codificar y recuperar los recuerdos de los eventos que las han afectado. Especiales limitaciones presentan los niños y las niñas para manejar la noción de tiempo y sobre todo, la determinación de la fecha precisa de acontecimientos.

Por otra parte y también de acuerdo con la bibliografía especializada en la materia, el recuerdo de episodios específicos en el contexto de múltiples eventos es extremadamente difícil no sólo para los niños y las niñas, sino que también para los adultos, puesto que generalmente se tiende a recordar lo que acontecía habitualmente, sin considerar los detalles específicos de un hecho puntual.

Surge entonces la interrogante acerca de cómo conciliar las limitaciones evolutivas propias del relato de los niños y de las niñas sobre las experiencias abusivas vividas y las restricciones cognitivas generales en relación al recuerdo de episodios múltiples, con el requerimiento de la defensa relativo a la precisión temporal fáctica de la acusación en los casos de delitos sexuales reiterados.

Sin lugar a dudas, es posible mejorar las técnicas y las habilidades para entrevistar a los niños y las niñas víctimas de delitos sexuales, de manera de obtener la máxima información posible con la mayor calidad de la misma, intentando precisar algunos de los varios episodios que pudo haberlos afectados, aunque teniendo siempre presente las limitaciones ya descritas. Pero también, hay que tener en cuenta que la valoración de la prueba rendida en el juicio oral –fundamentalmente el relato de la víctima en los delitos sexuales– debe hacerse sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados; por lo que, para no infringir esta limitación, es indispensable flexibilizar la exigencia de mayor precisión fáctica temporal de la imputación en los casos de delitos sexuales en contra de niños y niñas, para lograr no sólo respetar el derecho a la defensa sino que también el derecho a que se haga justicia a las víctimas³², a las que no se puede exigir algo imposible de alcanzar.

Referencias Bibliográficas

- Brewer, Neil y Williams, Kipling D. (Edit). *Psychology and Law. An Empirical Perspective*. The Guilford Press, New York, U.S.A., 2005.
- Carocca Pérez, Alex. *El nuevo sistema procesal penal*, 3ª ed., Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2005.
- Carocca Pérez, Alex. *Garantía constitucional de la defensa procesal*. Santiago, Chile, Ediciones Jurídicas Olejnik, Bosch, Barcelona, 1998.
- Cooper, Barry S.; Griesel, Dorothee y Turner, Marguerite (Editors). *Applied Issues in Investigative Interviewing, Eyewitness Memory, and Credibility Assessment*. Springer New York Heidelberg Dordrecht London, 2013.
- Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2002, Tomo I.

32 Recientemente, el Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua recoge esta postura, en el considerando undécimo del fallo pronunciado en el segundo juicio oral desarrollado en el denominado caso “Jardín Infantil Divina Providencia”, de fecha de 7 de agosto de 2013, RUC N°1100561408-4, RIT N°377-2012, publicado en esta misma sección con el comentario de la Fiscal Gabriela Carvajal Bravo.

- Lamb, Michael E., La Rooy, David J., Malloy, Lindsay C. y Katz, Carmit. (Edit). *Children's Testimony. A Handbook of Psychological Research and Forensic Practice*, 2ª ed., Wiley-Blackwell, John Wiley & Sons, Ltd., United Kingdom, 2011.
- La Rooy, David J. "Cómo obtener la mejor información del relato de los niños y adolescentes en el marco del respeto de sus derechos". IV Seminario Internacional sobre Agresiones Sexuales Infantiles. Los derechos fundamentales del niño víctima en el proceso penal, 26 y 27 de septiembre de 2013, Santiago de Chile.
- Maier, Julio. *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*, 2ª ed., Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1999, Tomo I.
- Maturana Miquel, Cristián y Montero López, Raúl. *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Santiago, Chile, AbeledoPerrot Legal Publishing, 2012, Tomo I.
- Poole, Debra A., y Lamb, Michael E. *Investigative Interviews of Children*, 5ª ed., Washington, DC, EEUU, American Psychological Association, 2009.
- Powell, Martine. Eyewitness Testimony. [en línea]. Disponible en:
- http://www.amparoyjusticia.cl/v2/seminario2011/docs/2011/powell_testimonio_de_los_testigos.pdf
- Powell, Martine y McMeeken, Lisa. "Cuéntame sobre la vez que...": Nueve reglas de oro para entrevistar a niños acerca de un delito múltiple". [en línea]. Disponible en:
- http://www.amparoyjusticia.cl/v2/seminario2011/docs/2011/powell_cuentame_sobre_la_vez_que.pdf
- Rieutord Alvarado, Andrés. *El recurso de nulidad en el nuevo proceso penal*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica, 2007.
- Roberts, Kim P. y Powell, Martine B. Describing individual incidents of sexual abuse: A review of research on the effects of multiple sources of information on children's reports [en línea]. Disponible en:
- http://www.amparoyjusticia.cl/v2/seminario2011/docs/2011/powell_los_efectos_de_multiples_fuentes_de_informacion_en_las_declaraciones_de_los_ninos.pdf
- Smith, Edward E. y Koslyn, Stephen M. *Procesos Cognitivos. Modelos y bases neuronales*. España, Pearson Prentice Hale, 2008.
- Toro Cornejo, Ibed. *El derecho al debido proceso*. Santiago, Chile, Ediciones El Jurista, 2012.

EL CASO JARDÍN INFANTIL “DIVINA PROVIDENCIA”

Gabriela Carvajal Bravo¹

Son las 17:45 horas del día 15 de junio del 2011. Se me informa que en las oficinas de la Brigada de delitos sexuales de la PDI de Rancagua se encuentra doña xxx interponiendo una denuncia por un presunto abuso sexual contra el auxiliar y jardinero del Jardín Infantil “Divina Providencia”, don J.P.U., siendo el afectado su hijo, de tan sólo dos años y nueve meses de edad, quien dos días antes le había manifestado que el tío le tocó su pene y a su amigo xxx también.

Se instruye a la PDI realizar con la mayor prontitud posible todas las diligencias que abarcaban la orden de investigar que se emitió, entre las que estaban: inspeccionar el sitio del suceso, determinar el lugar exacto dentro del jardín donde podrían haberse producido los hechos denunciados, establecer la participación del imputado y tomar declaraciones a todos los apoderados y personal del jardín infantil en cuestión.

No está demás mencionar que este jardín infantil se encontraba en un barrio residencial de Rancagua, y a él sólo podían acceder personas de nivel económico medio-alto puesto que su mensualidad era de \$190.000.- hacia el año 2011. De ahí que los apoderados (madres y padres) fueran casi todos profesionales, encontrando entre éstos, ingenieros, médicos, profesores, abogados, etc.

En vista de la corta edad del menor se gestiona rápidamente pericia sexológica por el Servicio Médico Legal de esta ciudad. La médico legista encuentra lesiones atribuibles a penetraciones anales por lo que pide al menor que le cuente todo sobre el juego que previamente él le había dicho que tenía con el tío. Es en ese momento donde el niño le cuenta que: *“el tío J. le metía el pene por el potito, pero que no podía contarle porque o si no el tío iba a llamar a los carabinieri”* y además le indica que en ese juego también estaban sus amigos xxx, xxx y xxx, niños todos de entre los dos años y medio hasta los 4 años de edad. Examinados estos últimos menores en el Servicio Médico Legal, se encontró también en ellos lesiones a nivel anal y todos reconocieron igualmente mantener el mismo juego con el imputado, salvo xxx quien no entregó relato. Es decir, fueron los mismos niños quienes fueron involucrando a otras víctimas, centrando el grupo afectado solamente a los nombrados y a una niña llamada xxx quien no presentaba lesiones a nivel genito-anal.

1 Fiscal Adjunto de la Fiscalía Local de Rancagua, Fiscalía Regional VI Región del Libertador Gral. Bernardo O’Higgins, Ministerio Público.

La develación efectuada por los menores provocó una catarsis entre los apoderados del jardín infantil, lo que implicó que el SML examinara a todos los niños concurrentes al establecimiento, descartándose otra víctima.

Rápidamente se gestionan pericias de credibilidad con psicólogas privadas a quienes tres varones víctimas entregan el mismo relato que a la médico legista, pero en forma muy sucinta, salvo xxx puesto que su madre no quiso que participara en el proceso.

Con los antecedentes obtenidos se procedió a la detención del imputado, se formalizó la investigación y quedó en prisión preventiva el día 16 de agosto del 2011. A partir de ese momento se concretan una serie de diligencias investigativas que se ven dificultadas por el apoyo incondicional que las dueñas y tías del jardín infantil otorgan al imputado.

Finalmente se acusa por violaciones reiteradas respecto de los cuatro menores individualizados, en fechas indeterminadas pero durante los períodos que median entre el día en que cada uno de ellos ingresó al jardín infantil y el día 13 de junio del 2011, fecha en que el imputado, a raíz de la denuncia, fue desvinculado de sus funciones.

La audiencia de preparación de juicio oral se suspendió en innumerables ocasiones a petición de la defensa, quien incluso solicitó audiencia para contrapericiar a las víctimas a la luz del artículo 320 del C.P.P., lo cual no se le concedió.

Finalmente el juicio oral se fijó para el 28 de enero del 2013, se reagendó para el 18 de marzo y se vuelve a cambiar por disposición del Tribunal para el día 7 de este último mes, en que finalmente se lleva a cabo la audiencia de juicio oral durante dos semanas. En ella, el imputado declaró manteniendo su inocencia. La defensa basó su tesis de absolución en los siguientes puntos:

- Imposibilidad material de acceso del imputado a las víctimas, por la vigilancia que en todo momento ejercía el personal del jardín, por falta de lugar físico apto para cometer los delitos y, por la poca frecuencia con que el imputado concurría al establecimiento.
- Indeterminación de fechas precisas de ocurrencia de los hechos, lo que afectaría el derecho a defensa.
- Insuficiencia de la prueba científica emanada del Servicio Médico Legal por falta de experiencia y conocimientos de la examinadora.

La prueba de cargo se basó en el testimonio de veinticinco testigos, seis peritos, diez documentos y otros medios de prueba. Las víctimas xxx, xxx, e xxx, concurrieron al juicio y sólo los dos primeros dijeron que les había hecho “el tío J.”. El último niño no habló. El Tribunal condenó en forma unánime al imputado a 18 años de presidio mayor en su grado máximo como autor eje-

ductor de delitos de violación del artículo 362 del C.P., en forma reiterada, en contra de tres menores y lo absolvió por los hechos donde la víctima era xxx, por cuanto, a su respecto, no había mayor prueba que los dichos de las otras víctimas y los hallazgos físicos, mas no había relato alguno de su parte puesto que –en virtud de la decisión de su madre– no declaró en juicio ni durante la investigación.

La defensa presentó recurso de nulidad pidiendo que se mantuviese la condena pero que se rebajase la pena a 10 años y un día en atención a que, a su parecer, concurría la atenuante del artículo 11 N°6 del C.P. ya que la sentencia que figuraba en el extracto de filiación y antecedentes del imputado era de muy larga data y, por lo tanto, se encontraba prescrita a la luz de la Ley 20.603, entre otros argumentos.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones rechazó las causales invocadas por la defensa, no obstante anuló de oficio la sentencia y el juicio oral por estimar que el Tribunal no estableció, en un considerando específico, los hechos por los cuales había condenado, de conformidad con la causal del art. 374 letra e) en relación al art. 342 letra c) del C.P.P. y ordenó realizar un nuevo juicio, esta vez sólo respecto de los menores por los cuales se había condenado². Contra esta resolución se presentó recurso de queja ante la Excelentísima Corte Suprema por considerar que la anulación de oficio implicaba una grave falta o abuso de parte de la Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones que así lo resolvió, puesto que tal omisión de hechos en la que funda su anulación, no era tal a juicio del Ministerio Público y de los querellantes. El recurso de queja fue declarado inadmisibile.

Esta situación creó un desánimo y desilusión importante en los padres de los niños afectados y en todos los testigos y peritos, puesto que el juicio realizado había sido demasiado agotador e incluso injurioso para la médico legista por parte de la defensa, por lo que tuvo que realizarse un trabajo intenso por la Fiscalía y por la URUVIT a fin de motivar a los participantes y comprometerlos nuevamente.

Al segundo juicio oral se dio inicio el día 29 de julio del 2013. La tensión era extrema. Los medios de comunicación nacionales estaban expectantes, los padres temerosos por el resultado y muy afectados por tener que revivir todo una vez más, manifestaciones en las afueras del Tribunal, marchas por los derechos de los niños vulnerados en Rancagua, en las que participaron no sólo quienes declararon en juicio sino que se les unieron organizaciones que luchan por el mismo objetivo. Por su parte el imputado nuevamente declaró, alegando inocencia, y la defensa agregó, a los fundamentos de su pretendida absolución, el hecho de que *“la prueba de cargo resultó insuficiente para demos-*

2 Corte de Apelaciones de Rancagua, 13 de mayo de 2013, Rol N°172-2013.

*trar los supuestos fácticos contenidos en la acusación... ya que los menores, supuestamente afectados, no declararon en el juicio, lo que restó la posibilidad de contar con prueba directa sobre los hechos". Efectivamente los padres no quisieron llevar a los niños nuevamente a juicio, a sugerencia de los psicólogos terapeutas de las víctimas, y entregaron sus razones durante sus testimonios. Este fue uno de los puntos más discutidos por la defensa y el que mayor fuerza le daba para seguir manteniendo su petición de absolución. El Tribunal, finalmente, entendió incorporados al juicio los testimonios de los menores afectados mediante los relatos de sus padres, de la médico legista y de las psicólogas de credibilidad y terapeutas. Rescatable en este aspecto fue el párrafo contenido en el acta de deliberación en que se menciona: "En efecto, si bien en el juicio no se escuchó el relato de los menores afectados, sus denuncias y comprobación, quedaron sentados en este juicio con el análisis conjunto de todos los elementos de cargo que dieron cuenta de la versión entregada por los menores y la comprobación científica de lo denunciado. **Ahora bien, es menester dejar en claro que el caso de autos hace referencia a menores víctimas de cortísima edad, y no debe olvidarse que su eventual comparecencia importaría, como lo manifestaron sus progenitoras, importantes retrocesos en sus procesos de reparación, y a ello se unió, además, que sus narraciones fueron introducidas a partir de los relatos de quienes tuvieron oportunidad, como fuente directa de los mismos, de escucharlos y por ende, de transmitirlos a este ente jurisdiccional. Por lo demás, un relato de infantes como los de autos no siempre importan como elementos de clarificación que lleven implícita una narración completa y detallada de sucesos como los pesquisados, de manera que tampoco podría decirse que su falta u omisión, desde ya, conlleva la carencia de factores relevantes para la adopción de una decisión**"³.*

Al cabo de ocho días de juicio, se condenó nuevamente, en forma unánime, al imputado a la pena de veinte años de presidio mayor en su grado máximo, teniendo en consideración para ello: la reiteración de delitos, la gravedad de éstos y la mayor extensión del daño causado (no sólo a las víctimas sino que también a sus familias). La sentencia se encuentra ejecutoriada.

Este, creo, ha sido un juicio de gran relevancia, no sólo por las vicisitudes de su tramitación, sino que además, en primer lugar, por la dificultad probatoria centrada en el escenario en que se cometen las agresiones y las edades de las víctimas, por la fundamentación que hace el tribunal para desechar la alegación de la defensa respecto de la supuesta indeterminación exacta de las fechas en la que ocurrieron los hechos, basada en la cronicidad de las agresiones sexuales y la corta edad de las víctimas⁴ y, en segundo, por la valoración de los testigos de oídas en este tipo de delitos y, como consecuencia, el innegable

3 Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, 7 de agosto de 2013, RUC N°1100561408-4, RIT 377-2012, Acta de Deliberación.

4 Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua, 7 de agosto de 2013, RUC N°1100561408-4, RIT N°377- 2012, considerando 11°.

avance que significó en la tan anhelada no revictimización de niños, de corta edad, víctimas de las peores aberraciones que pudieron haber sufrido, a saber, la vulneración a su indemnidad sexual.

Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Rancagua, de fecha trece de mayo de dos mil trece, Rol N°172-2013

Vistos, oídos los intervinientes, y teniendo presente:

1° Que por sentencia de veintiocho de marzo último, los jueces Pedro Caro Romero, Roberto Cocaña Gallardo y Marcela Paredes Olave, del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, en la causa RIT N°377-2012, RUC N°1.100.561.408-4, absolviéron a J.P.U. de ser autor del delito de violación consumada, en contra de la menor de iniciales xxx; y, lo condenaron a la pena única de dieciocho años de presidio mayor en su grado máximo, más las penas accesorias legales y al pago del 75 por ciento de las costas de la causa, como autor de delitos consumados de violación en las personas de tres niños menores de 14 años de edad, de iniciales xxx, xxx y xxx, previstos y sancionados en el artículo 362 del Código Penal, cometidos entre el año 2010 y el mes de junio del año 2011, en el Jardín Infantil Divina Providencia de esta ciudad.

También se condenó a J.J.P.U. a la pena accesoria de sujeción a la vigilancia de autoridad policial durante los diez años siguientes al cumplimiento de la pena principal, debiendo informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual;

a la pena accesoria de inhabilitación absoluta temporal para cargos, oficios o profesiones ejercidas en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, con los efectos estipulados en el artículo 39 bis del Código Penal; y, a la inclusión de su huella genética, de conformidad con lo prevenido en el artículo 17, inciso 2°, letra b) de la Ley N°19.970.

No se le concedieron beneficios de la Ley N°18.216.

Finalmente, se acogió la demanda civil por indemnización del daño moral, respecto de dos querellantes, debiendo J.J..P.U. pagar a cada una de ellas la suma de cinco millones de pesos y las costas de la causa.

2° Que en contra de esta sentencia se dedujo recurso de nulidad por el abogado defensor penal público, Sr. Roberto de los Reyes Recabarren, solicitando que esta Corte anule o invalide el referido fallo y se dicte uno de reemplazo en que se condene a J.J.P.U. a “la pena única de DIEZ AÑOS Y UN DÍA de presidio mayor en su grado medio, más accesorias, en su calidad de autor de tres delitos de violación, contemplados en el artículo 362 del Código Penal, en grado de consumados, en las personas de tres niños, menores de catorce años de edad, de iniciales xxx, xxx y xxx, previstos y sanciona-

dos en el artículo 362 del Código Penal, cometidos entre el años 2010 y el mes de junio del año 2011, en el Jardín Infantil Divina Providencia de esta ciudad” (SIC).

Fundó su recurso en la causal de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haberse pronunciado la sentencia con una errónea aplicación del derecho que influyó sustancialmente en lo dispositivo del fallo, condenando a J.J.P.U. a una pena superior a la que legalmente le correspondía.

3° Que el recurrente indicó, como primer motivo de infracción al artículo 373, letra b) del Código Procesal Penal, que el Tribunal no acogió la circunstancia modificatoria de responsabilidad establecida en el artículo 11 N°6 del Código Penal, dando por infringida ésta última disposición.

Precisó que debió haberse considerado tal atenuante de responsabilidad penal, toda vez que la condena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo que registra su extracto de filiación y antecedentes por el delito tráfico ilícito de estupefaciente, ocurrió hace catorce años, motivo por el que debe ser considerado en la actualidad exento de todo reproche.

Concluyó indicando que debió aplicarse una pena única de conformidad con el artículo 351 del Código Procesal Penal, aumentándose solamente en un grado por la reiteración.

4° Que, en primer lugar, se debe tener presente respecto de la primera

causal que ésta requiere no sólo que en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una aplicación errónea del derecho, sino que, además, ésta hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, lo que no ocurre en la especie desde que el Tribunal igualmente podría haber arribado a la sanción impuesta considerando la atenuante de irreprochable conducta anterior, por lo que no se advierte error alguno que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, razón por lo cual se debe desestimar el recurso de nulidad por esta causal.

5° Que, a mayor abundamiento, la forma como indica el recurrente que influiría tal error –en caso de existir– en lo dispositivo del fallo, es que los jueces debieron haber aumentado la pena, en virtud de la reiteración de ilícitos de una misma especie, en un único grado partiendo desde el mínimo, y no en la forma cómo lo hicieron.

Este argumento no tiene vínculo alguno con las alegaciones o reproches por no haber acogido el tribunal la atenuante de irreprochable conducta anterior, sino que reflejan, simplemente, la opinión del recurrente en orden a que no está de acuerdo del uso que hicieron los jueces de la facultad discreción que les confiere el artículo 351 del Código Procesal Penal para aumentar la pena en dos grados, lo que, evidentemente, no es un reproche propio de un recurso de nulidad de derecho estricto. Así, este es un motivo más para rechazar esta causal de nulidad.

6° Que como segundo capítulo, el recurrente dio por infringidas “las normas de determinación de pena contempladas en el artículo 50 y siguientes, en especial el artículo 63, 68, 69 y 362 todas del Código penal” (SIC).

Fundamentó respecto del artículo 63 del Código Penal, que los jueces valoraron dos veces la circunstancia de haber violado a tres niños; niños de una muy corta edad; y, violar en más de una ocasión a cada víctima. Lo que también habría ocurrido al dar aplicación al artículo 69 del estatuto punitivo.

Finalizó señalando que es evidente que se ha incurrido en la causal de nulidad de la letra b) del artículo 373 del Código Procesal Penal, por haberse infringido lo “dispuesto en los artículos 63, 68, 69 del Código Penal y el artículo 351 del Código Procesal Penal”, ya que la sentencia condenó a su representado a una pena mayor a la que legalmente le correspondía.

7° Que este segundo capítulo de nulidad debe igualmente ser desestimado desde que la facultad discrecional que le confiere el artículo 351 del Código Procesal Penal a los jueces para aumentar en uno o dos grados la pena por su reiteración, ha sido debidamente fundamentada, tal como el mismo recurrente lo señala en su presentación, disintiendo a los fundamentos entregados para obrar como lo hicieron, alegaciones que no son las de un recurso de nulidad de derecho estricto.

8° Que el Tribunal indicó claramente sus razones para aplicar el artículo 351 del Código Procesal Penal, descartando la aplicación del artículo 74 del Código Penal, porque la pena individualmente considerada por cada delito, incluso de haberse considerado la atenuante del artículo 11 N°6 del Código Penal, excedía de la que efectivamente se le impuso.

9° Que, en efecto, la pena para este hecho es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, y de haber existido una atenuante y ninguna agravante, la ley obliga a excluir en tramo superior, luego de lo cual se debe aplicar el artículo 69 del Código Penal, como los jueces del tribunal lo hicieron.

10° Que el marco sancionatorio del artículo 362 en relación al artículo 69, ambas normas ya citadas, no excluye por sí la edad de las víctimas, ya que es muy diferente atentar en contra de personas, de “muy” corta edad, como indica el fallo, a otros que estén casi por cumplir la edad de catorce años. Es evidente que existe una diferencia entre una y otra hipótesis que queda comprendida en la extensión del mal causado, motivo que conduce al necesario rechazo de la causal invocada.

11° Que no obstante todo lo anteriormente indicado, hay que consignar que el recurrente alega dos motivos de nulidad diferentes, como se acaba de analizar, pero sin especificar si se interponen conjunta o subsidiariamente, lo que constituye un obstáculo para que pueda prosperar el recurso, por no reunir el escrito

que lo contiene los requisitos que para él establece el artículo 378 del Código Procesal Penal.

12° Que una vez que la causa quedó en estado de acuerdo, fue advertido por esta Corte que la sentencia recurrida carece de considerandos en los cuales se hayan establecidos los hechos que se tuvieron por acreditados con la prueba rendida, así como también se omitió cualquier referencia a la calificación jurídica del artículo 362 del Código Penal.

13° Que si bien la sentencia recurrida no puede ser invalidada por los motivos expuestos por el recurrente, esta Corte puede, en virtud de las facultades que le permiten actuar de oficio, acoger el recurso, de acuerdo lo dispone el artículo 379 inciso segundo del Código Procesal Penal.

14° Que el artículo 374 del Código Adjetivo dispone que constituye un motivo absolutos de nulidad y, en consecuencia, el juicio y la sentencia serán siempre anulados, cuando “e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e)”, del citado código.

15° Que este último artículo citado regula el contenido de la sentencia, estableciendo que debe contener “c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297;

“d) Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo”.

16° Que de la lectura atenta de la sentencia en ningún considerando los jueces del Tribunal Oral establecieron los hechos que se tuvieron por acreditados con la prueba rendida, que a lo menos son cuatro y por uno de ellos fue absuelto el sentenciado, requisito este ineludible, de conformidad con la letra c) del artículo 342, ya citado.

17° Que ocurre exactamente lo mismo con la letra d) del artículo recién citado. No se entregó por los jueces ninguna razón legal o doctrinal para calificar jurídicamente cada uno de los hechos que fueron materia del juicio oral.

18° Que atendida la gravedad de las infracciones anotadas, no cabe más que anular la sentencia y el juicio oral. Pero, no obstante lo anterior es necesario considerar que el sentenciado fue absuelto por uno de los cuatro hechos que fueron materia de la acusación, aquel en que fue víctima la menor de iniciales xxx y que el Ministerio Público no recurrió, motivo que impide a esta Corte disponer la realización de un nuevo juicio oral por ese hecho, debiendo llevarse a cabo otro, por jueces no inhabilitados, respecto de los hechos en que fueron víctimas los menores de iniciales xxx, xxx y xxx.

Por estas consideraciones y de acuerdo con lo que previenen los artículos 342, 374 letras c) y d), 376,

379 inciso segundo y 384 del Código Procesal Penal, se declara:

1. Que se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la Defensoría Penal Pública en representación del sentenciado J.J.P.U., en contra de la sentencia de veintiocho de marzo último, dictada por el Tribunal de Juicio Oral de Rancagua;
2. Que actuando esta Corte de oficio, se declaran nulos el juicio oral y dicha sentencia, quedando la causa en estado de realizarse un nuevo juicio oral por jueces no inhabilitados, únicamente respecto de los hechos que afectaron a los menores de iniciales xxx, xxx y xxx.

Sentencia redactada por el Ministro Sr. Emilio Elgueta Torres.

Regístrese, comuníquese y archívese.

RIT N°: 377-2012.

RUC N°1.100.561.408-4.

Ingreso Corte N°172-2013.

Pronunciada por la Tercera Sala de esta Corte de Apelaciones, integrada por los Ministros señor Emilio Elgueta Torres y señor Carlos Farías Pino y el abogado integrante señor Víctor Eberle Olea.

Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua dictada el 13 de agosto de 2013. RIT N°377-2012

Rancagua, trece de agosto de dos mil trece.

Visto y teniendo presente:

(1°) Tribunal e intervinientes.

Ante este Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, constituido por el juez presidente de la sala, don Joaquín Nilo Valdebenito y los magistrados, doña María-Esperanza Franichevic Pedrals y don Álvaro Martínez Alarcón, se efectuó la audiencia del juicio oral, de la causa RIT 377-2012, seguida contra de **JAIME JAZMÍN PAREDES URIBE**, 58 años, nacido en Valparaíso, el 20 de septiembre de 1954, casado, obrero, cédula de identidad N°7.598.057-4, domiciliado en XXX, actualmente privado de libertad en el Centro Penitenciario de esta ciudad.

Sostuvo la acusación del Ministerio Público, la fiscal doña Gabriela Carvajal Bravo. La parte querellante, doña xxx y doña xxx, ambas en representación de sus hijos y ofendidos personalmente en este delito de iniciales xxx y xxx, respectivamente, adhirió a la acusación y dedujo demanda civil, siendo representada por el abogado don Manuel Poblete Guerrero, perteneciente al Centro de Atención Integral a Víctimas de Delitos Violentos; en tanto que la querellante doña xxx, en representación de su hijo xxx y ofendido personalmente en este delito, adhirió a la acusación, siendo representada por el abogado Aníbal Martínez Agüero, todos con domicilio y forma de notificación que constan en los registros jurisdiccionales.

A su turno, la asesoría jurídica del imputado estuvo a cargo del defensor penal público don Roberto de los Reyes Recabarren, también con domicilio y forma de notificación conocidos por este Juzgado.

(2°) Acto oficial. El Ministerio Público dedujo acusación, la que se fundó, según se describió de manera textual en el auto de apertura, en los siguientes hechos, resolución modificada por la Ilma. Corte de Apelaciones de esta ciudad:

“Hecho N°1:

En fecha indeterminada, durante el período que media entre el mes de octubre del año 2009 y el 13 de junio de 2011, el acusado Jaime Jazmín Paredes Uribe, accedió carnalmente vía anal, al menor de iniciales xxx, nacido el 26 de enero de 2007, en el interior de las dependencias del Jardín Infantil “Divina Providencia”, ubicado en calle Ibieta N°0151, Barrio El Tennis, de la ciudad de Rancagua, en el que estudiaba la víctima, en los momentos en que el acusado concurría allí a realizar labores de jardinero, abusando de la confianza de depositada en él por las dueñas de dicho establecimiento estudiantil.

Hecho N°2:

En fecha indeterminada, durante el período que media entre el mes de marzo del año 2009 y el 13 de junio de 2011, el acusado Jaime Jazmín Paredes Uribe, accedió carnalmente vía anal al menor de iniciales xxx, nacido el 13 de septiembre de 2008, en el interior de las dependencias del Jardín Infantil “Divina Providencia”, ubicado en

calle Ibieta N°0151, Barrio El Tennis, de la ciudad de Rancagua, en el que estudiaba la víctima, en los momentos en que el acusado concurría allí a realizar labores de jardinero, abusando de la confianza de depositada en él por las dueñas de dicho establecimiento estudiantil.

Hecho N°3:

En fecha indeterminada, durante el período que media entre el mes de marzo del año 2009 y el 13 de junio de 2011, el acusado Jaime Jazmín Paredes Uribe, accedió carnalmente vía anal, al menor de iniciales xxx, nacido el 01 de septiembre de 2008, en el interior de las dependencias del Jardín Infantil “Divina Providencia”, ubicado en calle Ibieta N°0151, Barrio El Tennis de la ciudad de Rancagua, en el que estudiaba la víctima, en los momentos en que el acusado concurría allí a realizar labores de jardinero, abusando de la confianza de depositada en él por las dueñas de dicho establecimiento estudiantil.

El Ministerio Público señaló que el imputado es autor material, en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal, de tres delitos de violación impropia, del artículo 362 del mismo Código, en grado de consumados. Precisó en su acusación que beneficia al acusado la atenuante del artículo 11 N°6 del código punitivo y le perjudica la agravante del artículo 12 N°7 del código de castigos, razón por la cual requirió la pena de presidio perpetuo calificado, más las accesorias legales, incluidas las del artículo 372 y 372 ter del Código Penal y las costas de la causa.

Las partes querellantes adhirieron a la acusación y, la representada por el abogado Manuel Poblete Guerrero dedujo demanda civil en contra del acusado por daño moral.

(3°) Alegatos de la Defensa y declaración del acusado. El abogado defensor cuestionó la existencia del hecho punible y la participación de su representado. En efecto, y en primer término se refirió a la indeterminación de fechas que señala la acusación, lo que desde ya a su juicio afectó su derecho a defensa. Luego, estimó que la prueba de cargo resultó insuficiente para demostrar los supuestos fácticos contenidos en la acusación, argumentación que basó principalmente en las consecuencias jurídicas procesales que significó el hecho de que los menores, supuestamente afectados, no declararan en el juicio, lo que restó la posibilidad de contar con prueba directa sobre los hechos. En tercer lugar, por la naturaleza del delito investigado, tampoco existió prueba científica que avalara tales ilicitudes. Sobre el punto estimó que la pericia del Servicio Médico Legal, no cumplió con los estándares propios que se requieren para validarla, más aún en este caso en que se contó con un peritaje de la defensa, efectuada por un profesional de vasta experiencia y acreditación, que excluía la posibilidad de penetración anal en los menores. Por último, estimó que tampoco se logró probar que el acusado tuviese la posibilidad material de acometer a los menores, primero por la falta de periodicidad en la concurrencia de su representado al establecimiento educacional, y también por las vigi-

lancias que en todo momento ejercían las tías del Jardín respecto a los niños, donde además, el lugar físico, hacía imposible los ataques sexuales denunciados.

Por su parte, el acusado renunció a su derecho a guardar silencio, prestando declaración luego de los alegatos de apertura, señalando en síntesis que es inocente de la acusación formulada. Explicó que efectivamente trabajó en el Jardín Infantil Divina Providencia de esta ciudad, pero no de manera estable, sino que prestaba servicio cuando se le requería, que generalmente era como dos o tres veces por semana, sin horario fijo, pero dentro de la misma jornada de clases, como maestro y en labores de mantenimiento, donde reparaba juguetes, y a veces también, cuando las tías se lo pedían, sacaba las frutas de los árboles para dársela a los niños.

Precisó que su lugar de trabajo era debajo de una higuera, al fondo del patio del Jardín y en las afueras de una bodeguita de herramientas. En ese lugar –el que además describió con imágenes proyectadas en la audiencia–, sacaba un mesón y se colocaba a hacer sus labores propias de reparación, lugar en donde en algunas oportunidades se acercaban los niños a ver lo que estaba haciendo. Generalmente la edad de esos menores era de 2 a 4 años y eso ocurría en los recreos, los que duraban entre 30 a 45 minutos, aunque luego agregó que los infantes jugaban libremente por el jardín y por eso llegaban al sector donde él trabajaba, donde además estaba el huerto,

aprovechando de vigilarlos para que no tuviesen accidentes, aunque siempre habían tías cuidándolos.

Aclaró que no es el jardinero del establecimiento, ya que había otro sujeto que hacía esas labores, pero en oportunidades retocaba algo del jardín y otras tantas ejercía labores de portero, cuando se hacían eventos donde venían los apoderados.

Precisó recordar el nombre de uno de esos niños que generalmente iba hacia su lugar de trabajo llamado xxx, aunque en su declaración prestada en la Policía de Investigaciones, señaló que además conocía al “xxx”, xxx y a la xxx.

Mencionó que, al parecer, el día 14 de junio de 2011, le pidieron que no trabajara más, día en que le hicieron firmar un documento –que se le exhibió–, donde la tía Laura le contó que un niño, el xxx, lo denunciaba que le había hecho tocaciones en su pene, pero como no era verdad, se presentó voluntariamente a declarar ante la Policía de Investigaciones, reconociendo que en un primer momento guardó silencio, pero al salir del cuartel un abogado le recomendó que declarara, lo que hizo, regresando de inmediato a la unidad policial.

Siempre aclaró que el trabajo que realizó en el jardín no era de dedicación exclusiva, de hecho en esas mismas fechas también trabajaba en las casas de las familias xxx, xxx y de don xxx, lugares donde generalmente hacía aseo. Conocía a los hijos de los dueños de casa.

En cuanto a la acción penal

(4°) Hecho punible, delito de violación en la persona del menor de iniciales xxx, sindicado como hecho N°2 en la acusación. El delito de violación del artículo 362 del Código Penal propuesto por el Ministerio Público y acreditado, en concepto de este Tribunal Oral, según se dijo en el veredicto del día 7 de agosto de 2.013, con sus elementos objetivos, tales como el acceder carnalmente a un menor de catorce años de edad, mediante la penetración del miembro viril en alguna de las cavidades naturales del niño, en este caso el ano, se acreditó con los antecedentes que se dirán a continuación.

Pero antes de señalar cómo se determinaron las proposiciones fácticas postuladas por la fiscal y querellantes, se demostró que una de ellas, aunque no resultó ser un hecho controvertido, y por lo demás, se relacionó en forma conciliadora y coherente con la prueba de cargo, fue que la víctima de iniciales xxx, **era una persona menor de 14 años de edad cuando ocurrieron los hechos**, según se corroboró con el mérito probatorio que se otorgó a lo escrito en el **certificado** emanado del Registro Civil, en el que consta que el nacimiento del niño ocurrió el xxx.

Despejada esta circunstancia, este Tribunal Oral se abocó a escuchar la prueba testimonial y pericial de cargo, tendiente a acreditar el elemento típico del **acceso carnal del menor, por vía anal, por parte del acusado**.

En primer lugar y para establecer el **acceso carnal ocurrido y descrito en la acusación**, se escuchó el testimonio de la madre de la víctima, doña xxx, quien precisó que su hijo era alumno del Jardín Infantil Divina Providencia de esta ciudad desde el año 2009 hasta julio del año 2011, aclarando que en la noche del día 13 de junio del año 2011, cuando estaba bañando a su hijo xxx, éste le dijo que tenía el pene duro, agregándole que el “tío Jaime” le tocaba su pene. Señaló que en ese entonces su hijo tenía dos años y por eso, pese a lo que le estaba señalando, fue muy delicada en continuar haciéndole preguntas para obtener más información, añadiendo el niño que eso también se lo hacía al “xxx” y que esto ocurría en la tarde, cuando el tío estaba arreglando los juguetes. Le consultó si le gustaba que el tío Jaime le hiciera eso y le dijo que sí, que también se lo hacía al “xxx”, y que no les daba dulces por eso. Impactada con esa información llamó a su marido, pero el niño le dijo que no se lo contara a su papá, ella le insistió en que debía hacerlo, luego accedió y le dio el mismo relato que momentos antes ella había escuchado, agregando que esto había ocurrido en el patio. Con su marido trataron de calmarse y decidieron ir al día siguiente al Jardín para hablar el tema. Fue así que el día 14 de junio, llegó ella en la mañana al Jardín Infantil y decidió hablar con la tía Edda que era la directora del establecimiento, preguntándole si acaso el “xxx” estaba asistiendo a clases, lo que fue confirmado y luego preguntó por las actividades del “tío Jaime”, donde la

directora le señaló que era el sujeto encargado de la mantención, de arreglar los juguetes y del jardín, pretendiendo saber si este sujeto tenía interacción con los niños.

Luego, esa misma mañana, llamó por teléfono al Jardín, habló con la tía Alejandra, que era la educadora de párvulos a cargo del curso de su hijo, a quien le pidió, una reunión en horas de la tarde y además los datos para ubicar a la mamá del “xxx”, obteniendo el teléfono de ella a quien llamó, contándole lo que su hijo le había dicho en la noche y que en esos hechos le decía que participaba su hijo. La madre de este menor, de nombre xxx, le contestó de inmediato que “eso era los que le faltaba”, dando a entender que también sospechaba de algo que le ocurría a su hijo, pues ya le había hablado algo sobre el tío Jaime. Refirió que ese día se juntaron a almorzar para hablar del tema. Luego, en la tarde, se reunió en el Jardín junto a su marido, con la tía Alejandra y la directora doña Edda, a quienes derechamente le contó lo que xxx le había dicho la noche anterior, pero la tía Alejandra les hizo referencia a actitudes de exploración sexual que tenían los niños y que aquello era normal. En tanto la tía Edda decía que era imposible que el tío Jaime hubiese hecho algo a los menores, ya que Jaime era de su entera confianza, incluso lo consideró como una fantasía del niño, sin embargo ante la insistencia de ellos, la directora decidió desvincular al tío Jaime del Jardín y dijo que llamarían a una psicóloga para hacerles alguna dinámica a los niños relacionado con

el tema, pero la testigo aclaró que siempre sintió poco apoyo de parte del Jardín.

Al día siguiente, en la tarde, junto a su marido, fueron a buscar a su hijo, oportunidad en que se reunió con la subdirectora, la tía Laura y una sicóloga de nombre Pamela Galindo. Le dijeron que ya habían desvinculado a Jaime, que le habían dicho el motivo, quien obviamente negó todo, incluso negó conocer a su hijo, lo que no era verdad, ya que ella recordó que en una oportunidad, el tío Jaime se despidió de su hijo por el nombre. Precisó que como el acusado mentía en no conocer a su hijo, al salir del Jardín decidió interponer la denuncia en la Policía de Investigaciones el día 15 de junio de 2011 –dato que confirmó la detective **Anoa Durán**–, pese a que la sicóloga Galindo le había recomendado no hacerlo por lo engorroso del trámite y por el daño que le podía provocar a su hijo, ya que ella había trabajado en el Ministerio Público y sabía de todo esto, además la tía Laura les dijo que si demandaban, tenían que estar preparados para una contrademanda si todo resultaba falso.

Después de la denuncia, cambió todo en el Jardín, no se sentía acogida, había una situación tirante, de hecho el día jueves la llamó a su trabajo la tía Edda, donde le reprendió el hecho de que le contara al resto de los apoderados lo sucedido, le dijo que sólo se lo había contado a la mamá de “xxx”, entonces la directora le respondió que si los padres sabían iban a retirar a los niños del

Jardín, allí entendió es que esto era por plata y no por los niñitos.

El día viernes hubo una reunión de apoderados, donde la tía Edda les dio cuenta de que había una denuncia por un abuso, que estaba en investigación, sin entregar mayores detalles, entonces ellos intervinieron, contaron lo que pasaba, cuando vio que al fondo había una mamá muy nerviosa que se tapaba la cara –luego supo que era la mamá de xxx–, reunión en la cual se acordaron otras medidas de seguridad dentro del Jardín. También fue un sicólogo a darles una charla para ver cómo detectar temas de abusos en los menores, muchas de las cosas que decía acertaban con los síntomas de su hijo, como que xxx volviera al chupete, tenía terrores nocturnos, se hacía pipí y caquita, esfinter que ya había controlado, pero en el Jardín nuevamente se comenzó a orinar, incluso en abril o mayo de 2011, en una oportunidad una mamá le dijo que su hijo nuevamente se había orinado en el piso. En varias oportunidades lo vio haciendo caquita, una vez lo hizo detrás de la puerta de su dormitorio, paradito, le preguntaba porqué no avisaba, pero nada le respondía. Explicó que todo lo asociaban al reingreso al Jardín luego de las vacaciones de verano, ya que además xxx no quería ir. También muchas veces ese año 2011 llegaba más desaseado, incluso con el potito cocido, pero esto lo relacionaba con que ahora podían jugar y de hecho lo hacían en el patio, aunque esta situación la hizo ver en varias oportunidades, primero, en el mes de abril de 2011 a la tía Alejandra, quien se

excusó ante las alumnas en práctica y como continuaba llegando con el potito cocido, el reclamo se lo manifestó también a la directora, quien se justificó con que los niños iban solos al baño, pero le dijo que no se preocupara que iba adoptar mayores medidas, reprochándole el hecho de que encontraba que había poca presencia de la tía Alejandra, enterándose en ese minuto de que esta tía era la encargada, no sólo del curso de su hijo, que en ese entonces era nivel transición menor, sino que también lo era de transición mayor y de pre kínder. Incluso recuerda que el día viernes 10 de junio nuevamente el niño había llegado con el potito cocido, al entrar a buscarlo la tía Alejandra no estaba, y al preguntar por su hijo, la auxiliar, la tía Eli, salió al patio a buscarlo, encontrándolo con el xxx, junto al acusado, quien estaba arreglando un triciclo en la parte trasera del Jardín.

Después de la denuncia, pasó cerca de un mes y no la llamaban, se juntó con xxx, madre de xxx, y decidieron dejar todo hasta ahí, pero al día siguiente las llamaron, tenían una cita con la fiscal, donde les tomaron declaración, las derivaron al Servicio Médico Legal y a una pericia con una sicóloga para ver si podía extraer algún relato. En un principio se cuestionó lo del Médico Legal, pero le dijeron que era para descartar cualquier otra cosa. Fue así que concurren al Servicio Médico Legal con el niño y su esposo, pasó ella primero, le relató a la doctora lo contado por su hijo, luego lo hizo ingresar, la profesional trató de establecer una conexión con xxx, sacó unas figuras

humanas, y el niño le comenzó a contar que en el Jardín jugaba con el xxx, xxx y el “xxx”, le preguntó con quien más jugaba y ahí tomó la imagen de un adulto y dijo que era el tío Jaime. Le preguntó a qué jugaban y le dijo que el tío Jaime le tocaba el pene. Luego le sacaron la ropa, lo colocó en la camilla en posición como a lo perrito, se posicionó frente al niño y le tomó las manitos, le decía que se quedara tranquilo que le iban a revisar una herida en su espalda, el niño estaba muy nervioso. La doctora comenzó a examinar el ano de su hijo y empezó a escuchar que la perito hablaba de los punteros del reloj mientras su asistente anotaba, le pareció raro, preguntó qué pasaba, entonces la doctora se acercó por el lado al niño y le dijo “tú no me has contado todo el juego”, xxx se puso rojo y escondió la cara, luego le dijo que su tío Jaime le metía su pene en el potito. Quedó helada, pero la profesional le dijo que se contuviera y ahí el menor comenzó a contar todo, incluso que lo amenazaba con los carabineros si hablaba o decía algo, todo esto ocurría en el patio del Jardín y en la casa del tío en el patio, donde arreglan los juguetes, para él esa era su casa y que esto había pasado varias veces.

Agregó que todo lo vivido ha sido muy doloroso, se destruyó su familia, actualmente está separada de su marido, precisando que el menor quedó muy afectado cuando declaró anteriormente, incluso el neurólogo le detectó un retroceso en su terapia reparatoria, pues tuvo un cuadro ansioso impulsivo, siendo atendido actualmente y por todos los

días sábados con la sicóloga Carola Fraczinet, quien le aconsejó no hacer declarar nuevamente al menor.

Luego de ese día, xxx entendió que lo que había pasado era malo, ya que su tío Jaime para él era un héroe, era el tío que arreglaba los juguetes, que les daba fruta.

Del mismo modo, también se escuchó al padre de xxx., don xxx, quien confirmó todo lo señalado por su cónyuge, y en cuanto al relato del niño, señaló que el día lunes 13 de junio de 2011, y en circunstancias que su señora estaba bañando a su hijo, esta lo llamó desde el baño porque xxx le debía decir algo, contándole su hijo que el tío Jaime le tocaba el pene, que se lo tocaba así (frotando el pene) para que se pusiera duro y que era rico, que se lo hacía en el patio de los juguetes cuando estaba con el “xxx”, volviéndole a preguntar al día siguiente para ver si era algún invento del momento, pero el niño nuevamente hizo la misma acusación. Agregó que tiempo después concurrió con su esposa y su hijo al examen en el Servicio Médico Legal, y cuando salió su cónyuge desde el interior, sólo le dijo que se fueran para la casa, colocándose a llorar, enterándose en ese minuto y sin necesidad de que ella le señalara nada, que algo grave habían encontrado, contándole luego que efectivamente xxx había sido violado.

En este mismo sentido, el relato entregado por el niño, también lo escuchó de manera directa la perito del Servicio Médico legal, **Luisa Pérez Videla**, cuando refirió que

examinó al menor xxx. y en ese contexto, la madre le señaló, previamente lo que el menor le había contado, referente sólo a tocaciones a nivel del pene, información que confirmó de boca del mismo niño, en cuanto a un juego que tenían con el “xxx”, el xxx y el tío Jaime. Agregó que luego de observar el ano del menor y constatar lesiones compatibles con una violación, le preguntó más detalles al niño, le señaló que si hacían más cosas en el juego, y el menor le dijo que el tío Jaime le metió el pene por el potito, que le había dado mucho dolor, pero así era el juego, que esto ocurría en el fondo del patio del jardín, en un cuarto donde el tío Jaime guardaba las herramientas, que esto habría ocurrido varias veces pero no siempre y que no podía contar a nadie porque si no llamarían a Carabineros.

Del mismo modo, xxx entregó su versión de hechos a **Verónica Aliaga Latorre**, perito sicóloga, quien efectuó un peritaje de credibilidad de su relato. Refirió que el niño tenía 2 años 11 meses a la fecha de la evaluación. Agregó que logró obtener un relato del menor, pese a su edad, recién en la tercera entrevista, señalando que el tío Jaime le “cocó” el potito, que lo habría hecho con su pene, en el Jardín, en la casa del tío Jaime, agregando que era un juego y que no podía contar sino lo iban a acusar a los carabineros.

Entonces, los referidos elementos probatorios permitieron dar por ciertos los cargos imputados al acusado, particularmente con la declaración del menor de iniciales xxx,

incorporados en esta audiencia con los dichos de aquellos testigos que escucharon de manera directa la acusación que este menor hizo en contra de su agresor, la que dada las características de ésta, permitió otorgarle plena credibilidad, puesto que según la perito **Verónica Aliaga Latorre**, se trató de un relato vivenciado, creíble y válido, por las características de éste, en los que si bien por lo escueto del relato no pudo aplicar la técnica de cuantificación de contenidos del CBSA, sí lo hizo en cuanto a la calidad de otras variables que le permitieron aplicar la técnica del análisis de validez de la información, que cuenta de cuatro variables, que son: a) las características psicológicas del niño; b) características de la entrevistas; c) la motivación de denunciar en falso; y d) análisis del resto de los antecedentes de la investigación. En este sentido y en relación a los aspectos psicológicos de la víctima, destacó la coincidencia ideó afectiva durante la evaluación, con indicadores sintomáticos, como la enuresis, encopresis, temores nocturnos; cambios conductuales, como mayor dependencia de los padres; y un stress postraumático que se traduce en trastorno de ansiedad reactivo a un evento traumático. Luego, en cuanto a las características de la entrevista, refirió que ésta se hizo en un ambiente físico adecuado, en tres oportunidades diversas, dentro del marco de lograr una narrativa libre; en cuanto a la motivación de denunciar en falso, precisó que ellas quedaron descartadas, por el contrario, el niño se vio expuesto a diversas actuaciones nocivas para su desarrollo; por último, al contrastar

este relato con el resto de los antecedentes de la carpeta, existía concordancia y coherencia, en especial con la pericia sexológica, oportunidad en la que entregó el mismo relato que le brindó a ella. Además, según lo explicó la psicóloga, a partir de septiembre del año 2011 realizó 8 sesiones reparatorias, y en ese contexto catalogó el daño del menor como moderado, categoría que se debía precisamente al apoyo de contención de sus padres, sin pesquisar otro factor causante de este daño que no sea la vivencia de la experiencia traumática materia de este juicio.

Además, la existencia del hecho delictual resultó compatible con la sintomatología que presentó el menor durante el año 2011 y que dio cuenta su madre, marcada principalmente por conductas regresivas de madurez, como volver al chupete, enuresis y encopresis, cuando xxx ya había logrado controlar esfínter, de hecho su madre refiere que en varias oportunidades lo vio haciéndose caquita, una vez lo hizo detrás de la puerta de su dormitorio, “paradito”, le preguntaba porqué no avisaba, pero nada le respondía el niño. También presentaba temores nocturnos y muchas veces ese año 2011 llegaba más desaseado, incluso con el potito cocido, lo que percibieron ambos padres, situación que incluso se la representó a las tías y directora del Jardín.

Ahora bien, el relato del menor, así introducido en el juicio, resultó plenamente concordante con la prueba científica que dio cuenta la perito ya individualizada **Luisa Pérez**

Videla, médico legista, quien además de entrevistar y recibir el relato del menor el día 19 de julio de 2011 como ya se dijo, pesquisó, al examen proctológico, fisuras a los niveles de 14 (2), 6 y 8, según los punteros del reloj, nuevas y antiguas; y borramientos de pliegues del ano, lesiones compatibles con la penetración de un elemento contundente, posiblemente un pene en erección.

Por tales circunstancias, el Tribunal estuvo en condiciones de aceptar que la prueba incorporada por el representante del Ministerio Público y querellante, apreciada, sin contrariar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, establecieron –más allá de toda duda razonable–, el siguiente hecho:

Que en durante el primer semestre del año 2011, cuando el ofendido xxx tenía dos años de edad y cursaba el nivel medio menor en el Jardín Infantil Divina Providencia de esta ciudad, específicamente en la parte trasera del patio, donde se encuentra un cuarto de herramientas donde el acusado realizaba sus labores de mantención y reparación de los artículos del Jardín Infantil, éste accedió carnalmente vía anal a dicho menor.

(5°) **Calificación jurídica.** Estos hechos configuraron un delito de violación contra un niño de 2 años a la fecha de los hechos, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código punitivo, por cuanto se acreditó que el acusado accedió carnalmente al ofendido, penetrándolo con su pene por la cavidad anal, causán-

dole fisuras a los niveles de 14 (2), 6 y 8, según los punteros del reloj, nuevas y antiguas; y borramientos de pliegues.

(6°) **Hecho punible, delito de violación en la persona del menor de iniciales xxx, sindicado como hecho N°3 en la acusación.** El delito de violación del artículo 362 del Código Penal propuesto por el Ministerio Público y acreditado, en concepto de este Tribunal Oral, con sus elementos objetivos, tales como **el acceder carnalmente a una menor de catorce años de edad, mediante la penetración del miembro viril en alguna de las cavidades naturales del niño, en este caso el ano**, se acreditó con los antecedentes que se dirán a continuación, teniendo presente previamente que, aunque no resultó ser un hecho controvertido, la víctima de iniciales xxx, **era una persona menor de 14 años de edad cuando ocurrieron los hechos**, según se corroboró con el mérito probatorio que se otorgó a lo escrito en el **certificado** emanado del Registro Civil, en el que consta que el nacimiento del niño ocurrió el xxx.

Despejada esta circunstancia, y para demostrar los sucesos contenidos en la acusación fiscal, entre ellos el elemento del tipo penal del **acceso carnal al menor, por vía anal**, se escuchó, en primer término, el testimonio de doña xxx, madre de xxx, a quien lo apodan el “xxx”, quien refirió que su hijo asistía al Jardín Infantil Divina Providencia, desde el mes de septiembre del año 2009 hasta julio de 2011. Refirió que un

día la llamó una apoderada del Jardín llamada xxx a quien sólo ubicaba porque sus hijos eran muy amigos, quien se presentó como la madre de xxx, y le comenzó a contar lo que su hijo la noche anterior le había relatado, en cuanto a que el tío Jaime jugaba con los penes de sus hijos, sin saber quién era el tío Jaime, en donde xxx le dijo que era el jardinero del establecimiento. Quedaron de juntarse a la hora de almuerzo para conversar el tema.

Explicó que la semana anterior, un día que estaba bañando al xxx, este le dijo que tenía el pene chiquitito, igual que el de xxx, pero que el del tío Jaime era grande. Le preguntó quién era el tío Jaime, y el xxx se quedó callado.

Se juntaron con la xxx, y conversaron el tema, agregando que su hijo tenía conductas extrañas, desde mayo de 2010 –luego precisó que eran el 2011– tales como pesadillas, las que se hicieron constantes en el tiempo, se volvió irritable y muy introvertido, con poca confianza con la gente, incluso con los niños, se escondía detrás de ella. Se disfrazaba del hombre araña con la máscara para que nadie lo viera. Además a principios de ese año, siempre lo vio con su pene irritado, su potito cocido, incluso en una oportunidad que lo mudó xxx se colocó en una posición que le sugería que le tocara su pene; en otra ocasión recuerda también que abrió las piernas y su ano lo vio como dilatado y rojo, pero desconocía la anatomía de los anos, así que no podía sospechar que algo podía estar ocurriendo. En mayo de ese

mismo año, un día que fue a buscar a su hijo al Jardín, lo vio que estaba jugando con el xxx y el xxx, a la tiña, pero tocándose los penes, pensando que era como que se estaban explorando. Ese día, cuando iba camino a la casa, le contó que al xxx, el tío lo había mojado, le preguntó cómo, y le dijo que con el pene, quiso saber a qué tío se refería, pero no le respondió. Incluso en otra oportunidad le dijo que le dolía el potito porque el tío le había pegado, lo que incluso motivó a que fuera a hablar con la tía Alejandra para contarle lo dicho por su hijo, pero esta tía le dijo que el tío Cristian no había venido el día anterior, que encontraba raro ya que sólo estaba el caballero que arreglaba las cosas, pero que él no tenía contacto con los niños.

Agregó que durante todo ese tiempo luego de haberse enterado de los hechos, sólo pensaba que era un abuso, hasta que los citaron al Servicio Médico Legal, donde primero fue xxx, contándole la xxx que le habían detectado signos de violación. Al llegar, la médico le hizo una introducción a xxx con unos monitos, contándole que ya había venido xxx y le había señalado lo del juego, le dijo si se lo iba a contar a ella, y el menor le dijo que el tío Jaime le bajaba los pantalones y le metía el pene en el potito. Quedó helada, antes no le había dicho nada de eso el xxx, pero la doctora la miró para que se mantuviera firme. Lo colocaron en la camilla, le bajaron los pantalones, el niño no quería que lo tocaran, lo contuvo, y se colocó en posición de perrito. Lo examinó la doctora, lo vistió y se lo pasó al

padre que estaba afuera, reingresó y la doctora le dijo que tenía heridas, fisuras y cicatrices en el ano, que no se podía descartar nada y que su hijo había sido violado. Salió, y le dijo al padre del niño lo ocurrido.

Mencionó que después de todo tomaron una terapia reparatoria con Carola Fraczinet, desde octubre de 2011, la que dura hasta el día de hoy, todos los sábados. Explicó que su hijo tiene una personalidad muy particular, todo esto le ha provocado mucha timidez, incluso después de que vino a declarar tuvo un conflicto interno, un retroceso, su hijo después se hacía caca escondido debajo de la mesa, le dijo un día que se quería morir para que nadie lo viera, la declaración lo marcó mucho, por eso no lo va a traer a declarar.

Indicó que luego del examen en Médico Legal, y pese a que sabía que no debía preguntarle para no revictimizarlo, le insistió y le preguntó, ya que quería saber hasta dónde había llegado todo, y su hijo le tapó la boca y le dijo susurrando “callado”.

Del mismo modo, también se escuchó a **Luisa Pérez Videla**, perito del Servicio Médico legal, cuando refirió que examinó al menor xxx, quien luego de recepcionar el relato de la madre, ingresó el menor, con quien le costó entablar una conversación, debido a que era muy introvertido. Le dijo que ya había venido xxx y que le había contado lo del juego, se puso un tanto esquivo, pero luego le reconoció que también jugaba, y que el tío Jaime le había metido el pene en el potito, y que llamarían a cara-

bineros si contaban algo. También agregó que le daba besos y le tocaba el pene, lo que habría pasado varias veces.

Así también, xxx entregó su versión de hechos a **Verónica Aliaga Latorre**, perito sicóloga, quien lo evaluó en tres ocasiones, señalándole el menor que el tío Jaime le pegó un combo en el potito, con su pene, lo que ocurría en el Jardín. Le agregó que el pene del tío Jaime era grande y que el de él con el de xxx eran chiquititos. Luego le mencionó el tema de los carabineros, pues le preguntaba si esto se lo iba a contar a los carabineros.

En el mismo sentido, el relato del menor también fue percibido de manera directa por la sicóloga **Carola Fraczinet Cristi**, ello en el contexto de la terapia reparatoria que le efectuaba al menor, en donde, pese a las dificultades personales del niño, logró obtener un relato de lo ocurrido a través de juegos kinestésicos. xxx manifestó que un sujeto, sin nombre –en otra sesión le reportó el nombre de tío Jaime–, lo abordaba con prácticas lúdicas sexuales, en compañía de otros niños, –hablaba de dos xxx–, y señalaba que este sujeto “como que le pinchaba el potito” en reiteradas ocasiones y que le dolía, que jugaba con su pene, refiriéndose a la proporcionalidad de su pene. Esto ocurría en su Jardín, en un cuarto de las herramientas o materiales del tío Jaime, donde además había arena.

En este orden de ideas, los elementos de prueba referido en este consi-

derando, permiten, más allá de toda duda razonable, tener por demostrado los hechos contenidos en la acusación, teniendo como uno de los elementos principales de cargo el mismo relato del menor de iniciales **xxx**, introducido en el juicio por los dichos de los testigos que de manera directa lo escucharon. Este escueto relato, que se debe a la edad del infante y a sus características de timidez que hicieron presente todas las deponentes a que se ha hecho referencia, permitieron otorgarles plena credibilidad por su consistencia y nitidez, puesto que según la perito **Verónica Aliaga Latorre**, se trató de un relato creíble y vivenciado, por las características de éste, aplicando el análisis cualitativo y no cuantitativo, llamado técnica del análisis de la validez de la información, por lo escueto del relato y por su edad, al igual que en el caso del menor **xxx**. Además, según lo explicó la sicóloga, constató un daño moderado, con síntomas depresivos y con indicadores de un stress postraumático, sintomatología que se asociaba sólo a los hechos denunciados, diagnóstico que fue coincidente, en parte, con los que nos señaló la perito **Carola Fraczi-net Cristi**, profesional a cargo de la terapia reparatoria de **xxx**, desde octubre del 2011, terapia que aún continúa. En ella logró determinar que el daño presentado por el menor era de moderado a severo.

También en este caso, la existencia del hecho delictual resultó compatible con los síntomas que presentó el menor durante el año 2011 y que dio cuanta su madre, tales como pesadillas, se volvió irritable y muy

introvertido, con poca confianza con la gente. En el aspecto físico, desde principios del 2011 le comenzó a ver su pene irritado y su potito cocido, y realizaba algunas conductas que sugerían aspectos sexuales, como instarle a que le tocara sus genitales o besos con lengua que le daba.

Unido a todo lo anterior y que vino a excluir cualquier duda posible sobre la existencia del hecho punible, lo fue la prueba pericial científica que dio cuenta la experto ya individualizada **Luisa Pérez Videla**, médico legista, quien además de pesquisar el relato del niño el día 5 de agosto de 2011, constató al examen proctológico, un exceso de dilatación anal con fisuras a nivel de las 1 y 6 según las manecillas del reloj, ambas de larga data; y borramiento de los pliegues del ano, logrando concluir que hubo una penetración con un elemento contuso posiblemente un pene erecto.

Por tales circunstancias, el Tribunal estuvo en condiciones de aceptar que la prueba incorporada por el representante del Ministerio Público y querellante, apreciada, sin contrariar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, establecieron, más allá de toda duda razonable, el siguiente hecho:

Que en durante el primer semestre del año 2011, cuando el ofendido **xxx** tenía dos años de edad y cursaba el nivel medio menor en el Jardín Infantil Divina Providencia de esta ciudad, específicamente en la parte trasera del patio, donde se encuen-

tra un cuarto de herramientas donde el acusado realizaba sus labores de mantención y reparación de los artículos del Jardín Infantil, éste accedió carnalmente vía anal a dicho menor.

(7°) Calificación jurídica. Estos hechos configuraron un delito de violación contra un niño de 2 años a la fecha de los hechos, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código punitivo, por cuanto se acreditó que el acusado accedió carnalmente al ofendido, penetrándolo con su pene por la cavidad anal, causándole dos fisuras antiguas a los niveles de las 1 y 6, según los punteros del reloj.

(8°) Hecho punible, delito de violación en la persona del menor de iniciales xxx, sindicado como hecho N°1 en la acusación. El delito de violación del artículo 362 del Código Penal propuesto por el Ministerio Público y acreditado, en concepto de este Tribunal Oral, según se dijo en el veredicto del día 7 de agosto de 2.013, con sus elementos objetivos, tales como el acceder carnalmente a un menor de catorce años de edad, mediante la penetración del miembro viril en alguna de las cavidades naturales del niño, en este caso el ano, se acreditó con los antecedentes que se dirán a continuación.

Pero antes de señalar cómo se determinaron las proposiciones fácticas postuladas por la fiscal y querellantes, se demostró que una de ellas, aunque no resultó ser un hecho controvertido, y por lo demás, se relacionó en forma conciliadora y coherente con la prueba de cargo, que la víctima de

iniciales xxx, **era una persona menor de 14 años de edad cuando ocurrieron los hechos**, según se corroboró con el mérito probatorio que se otorgó a lo escrito en el **certificado** emanado del Registro Civil, en el que consta que el nacimiento del niño ocurrió el xxx.

Despejada esta circunstancia, este Tribunal Oral se impuso de la prueba testimonial y pericial de cargo, tendiente a acreditar el elemento típico del **acceso carnal del menor, por vía anal, por parte del acusado**.

En primer lugar y para establecer el **acceso carnal ocurrido y descrito en la acusación**, se escuchó primeramente, el testimonio de la madre del menor xxx, doña xxx, quien precisó que un día se encontró en las afueras del Jardín Infantil Divina Providencia, al que asistía su hijo, con un apoderado que le dijo que ese día había una reunión importante a la que debía asistir por un tema de abusos. Explicó que concurrió, pero no entendía mucho de lo que se trataba, pues el tema se había abordado en una reunión previa a la que no había ido. Se hablaba de la seguridad, y por eso pidió que le explicaran, instantes en que la directora la encaró y le dijo que era su deber haber asistido a la reunión previa, momentos en que xxx, madre de xxx, se paró y contó que su niño había sido tocado por el tío Jaime y que ya había hecho la denuncia. Refirió que a la semana siguiente hubo otra reunión con un psicólogo quien les explicó los síntomas que presentaban los menores cuando eran violentados sexualmente, colocándose muy

nerviosa porque ella veía en su hijo diversos trastornos compatibles con los relatados por el profesional, tales como: no quería ir al colegio; se agarraba de la reja de su casa; y comenzó a defecarse nuevamente cuando ya tenía 4 años y medio, de manera que todos los síntomas encajaban con los que tenía su hijo. Al llegar a su casa, habló con xxx y le preguntó por un tal tío Jaime, y el niño le dijo que era quien arreglaba los juguetes, les daba fruta y que tenía una cajita muy linda con herramientas. Sin perjuicio de lo anterior, se comunicó con la detective Anoa Durán, le comentó los síntomas que tenía su hijo, y la derivaron al Servicio Médico Legal. Al llegar, la doctora del servicio le pasó unos juguetes a xxx, le explicó que antes había estado su otro amigo, también llamado xxx y que le había contado el juego, su hijo la miró y le dijo sorprendido “¿y te contó el juego?”, la doctora le requirió si se lo podía contar a ella, su hijo preguntó si estaban los carabineros, y luego de eso comenzó a relatarle que le bajaban los pantalones, que el tío Jaime le había metido el pene en el potito. Le preguntó si era entretenido, le dijo que sí, pero que le dolía porque le hacía yaya. Luego lo examinó en la camilla en posición de perrito. xxx no quería, pero trató de persuadirlo, ahí la doctora le dijo que mirara, mostrándole el ano del niño, viendo el potito de siempre, la galeno le explicaba algo de los punteros de un reloj, pero no entendía, la irritación sí la había visto, pero pensaba que era porque no se limpiaba bien el potito cuando iba al baño. Le echaba hipoglós e incluso habló con

la tía Alejandra para que le miraran el potito después que fuera al baño. Precisó que vio unas líneas blancas que la doctora le dijo que eran producto de violación. Sintió una puñalada, pero no podía llorar. La profesional le continuó preguntando por el juego y quien más jugaba, le decía que con el xxx, el xxx, el “xxx” y la xxx, pero a ella siempre la echaba, no participaba. Precisó que la doctora le dijo que en el examen había restos de defecación, pero no había ido al baño en ese día.

Precisó que su hijo ingresó en octubre de 2009 al Jardín, al año siguiente, el 2010, dentro de las primeras semanas comenzó a resistirse a ir al colegio, conducta que se fue incrementando y por ello en el mes de mayo decidió retirarlo, pero el niño igual continuaba con conductas extrañas, como sacarse el pelo de la cabeza, lo que incluso la motivó, que en el mes de junio o julio de 2010, consultara al pediatra Andrés Barrios, señalándole el galeno que esta enfermedad se daba cuando los niños se exponían a algún shock, pero nada de eso pensaba le había pasado a su hijo. Luego, pasado el invierno nuevamente volvió al Jardín.

Mencionó que pese a que el niño había controlado esfínter, desde marzo del año 2010, comenzó nuevamente a hacerse caquita, lo que le pasa incluso hasta hoy que ya tiene 6 años, además muchas veces vio el ano irritado de su hijo, incluso todos estos trastornos los asoció, a principios del año 2010, a que los compañeros los podían estar molestando y por eso fue a hablar con la tía Edda

por esto, estaba presente también la tía Alejandra, pero nada raro le dijeron la profesoras.

Del mismo modo, el relato de xxx se incorporó con los dichos de la perito del Servicio Médico legal, **Luisa Pérez Videla**, cuando precisó que perició a xxx y en ese ámbito, la madre le señaló que el niño presentaba conductas extrañas. Comenzó a hablar con el niño, le dijo que habían venido sus amigos xxx y el “xxx”, donde el menor le contó que tenían un juego con el tío Jaime, que era quien arreglaba los juguetes –notaba admiración al tío Jaime– quien le metía su pene por el potito, que le daba frutas y le comentó que este tío tenía una caja de herramientas con una figura de un animal, y que con ella jugaban. Todo le pasaba en un cuarto o en una casa donde estaba el tío Jaime. También le hacía tocaciones, y le daba besos, y si contaba llamaría a carabineros, lo que habría ocurrido en varias ocasiones.

Así también, xxx entregó su versión de hechos a **Pamela Stappung González**, perito sicóloga, quien evaluó el relato del menor, el que obtuvo en las dos sesiones en que lo perició, donde xxx, al preguntarle directamente por el “tío”, le contó que el tío Jaime, era quien les pasaba las frutas a los niños y que tenía las herramientas. Refirió que tenían un juego con el tío y otros niños, que son el xxx, xxx y xxx, de bajarse los pantalones, le agregó que los carabineros no debían saber. Explicó que en la segunda sesión, le indicó que el tío Jaime le había hecho un hoyito en el potito, apoyándose en lenguaje no

verbal, ya que se paró, tomó un lápiz que se colocó en el trasero, refirió que se lo hizo con un pincho, que le hizo una “yayita”, y que lo mismo se lo hizo a los otros niños. Le agregó que esto ocurrió en el patio donde estaba el tobogán y una casa arriba, lo que le habría ocurrido muchas veces, cuando las tías se encontraban en el otro patio, pero que ya no le iba a pasar más porque se lo había contado a carabineros.

Entonces, los referidos elementos probatorios permitieron dar por ciertos los cargos imputados al acusado, particularmente con la declaración del menor de iniciales **xxx**, incorporados en esta audiencia con los dichos de aquellos testigos que escucharon de manera directa la acusación que éste menor hizo en contra de su agresor, la que dadas las características de ésta, permitió otorgarle plena credibilidad, puesto que según la perito **Pamela Stappung González**, resultó ser un relato creíble, por resultar rico en detalles y por eso permitió concluir de esa manera, ya que presentaba varios criterios de realidad, como correcciones espontáneas; falta de memoria, como no recordar cómo era el pincho; detalles sensoriales, cuando refiere a la “yayita” que supone un dolor; producción inestructurada, agrega elementos o saltos temporales, pero se logra entender su descripción, no es un relato lineal, como al señalar que estaban jugando que el tío, le bajaba los pantalones y de pronto pasaba a otro tema; describía detalles superfluos, como cuando explicó que el baño tenía varios lavamanos, referencia que no tiene nada que ver con

el elemento central de la imputación, lo que se une a la amenaza, que si bien no es directa, era cierta, ya que los carabineros no lo debían saber.

Además, la existencia del hecho delictual resultó compatible con la sintomatología que presentó el menor durante el año 2010 y que dio cuenta su madre, marcada principalmente por conductas regresivas como encopresis, cuando xxx ya había logrado controlar esfínter, de hecho su madre refiere que esto dura hasta el día de hoy, que actualmente tiene 6 años de edad, en varias ocasiones observó su potito irritado y además de la resistencia a concurrir al Jardín y al hecho de que durante ese año 2010, el menor comenzara a arrancarse el pelo de la cabeza, diagnóstico de tricoticomanía, cuadro asociado a una conducta compulsiva provocada por una situación grande de stress, como lo explicó la perito sicóloga **Verónica Aliaga Latorre**, que evaluó el daño emocional del menor en el mes de diciembre de 2011. Refirió además a la pesquisa de terrores nocturnos, y la encopresis que ya su madre había descrito. Estimó que estos síntomas eran absolutamente compatibles con la experiencia vivida en el orden sexual, incluso, la encopresis era un indicador de la penetración anal sufrida, de manera que situó el daño en la categoría de moderado, principalmente por las actividades de contención y apoyo de los padres.

Ahora bien, el relato del menor, así introducido en el juicio, resultó altamente respaldado con la prueba científica que dio cuenta la perito ya

individualizada **Luisa Pérez Videla**, médico legista, quien además de entrevistar y recibir el relato del menor el día 9 de agosto de 2011 como ya se dijo, pesquisó, al examen proctológico, una dilatación anal, múltiples fisuras o cicatrices de larga data; además en el perianal detectó resto de heces compatible con una encopresis y borramiento de pliegues. Preciso que por la cantidad de las fisuras y por la presencia de heces, no pudo fijarlas, ya que para ello se debía manipular la zona limpiándola y eso podría provocar otra dilatación. Concluyó que el niño había sido penetrado con un objeto contundente, posiblemente un pene en erección.

Por tales circunstancias, el Tribunal estuvo en condiciones de aceptar que la prueba incorporada por el representante del Ministerio Público y querellante, apreciada, sin contrariar las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, establecieron –más allá de toda duda razonable–, el siguiente hecho:

Que en durante el año 2010 y primer semestre del año 2011, cuando el ofendido xxx tenía tres y cuatro años de edad y cursaba el nivel medio mayor y pre kínder respectivamente, en el Jardín Infantil Divina Providencia de esta ciudad, específicamente en la parte trasera del patio, donde se encuentra un cuarto de herramientas donde el acusado realizaba sus labores de mantención y reparación de los artículos del Jardín Infantil, éste accedió carnalmente vía anal a dicho menor.

(9°) **Calificación jurídica.** Estos hechos configuraron un delito de violación contra un niño de 3 a 4 años a la fecha de los hechos, previsto y sancionado en el artículo 362 del Código Penal, por cuanto se acreditó que el acusado accedió carnalmente al ofendido, penetrándolo con su pene por la cavidad anal, causándole diversas fisuras antiguas, dilatación anal y borramientos de pliegues.

(10°) **Participación del acusado en los tres hechos delictuales.** Ahora, para acreditar la participación de Paredes Uribe, se contó con los mismos antecedentes de cargo que sirvieron para establecer el hecho punible, especialmente la declaración de las víctimas, incorporadas en el juicio a través de los testigos y peritos que de manera directa los escucharon, los que resultaron plausibles, ya sea desde un punto de vista objetivo como subjetivo, por tener relación con la forma en que verosímilmente pudieron ocurrir las cosas. En efecto, los tres menores, inculparon desde un comienzo al acusado, incluso antes de que se supiera la situación primaria de abusos, como lo fue el menor xxx cuando le dijo a su madre que él tenía el pene chico, al igual que xxx, no así el del tío Jaime que era grande, lo que ocurrió la semana previa a que xxx, le revelara los hechos a su madre.

A su vez, no debe olvidarse que los tres menores, individualmente considerados, inculpan de manera sostenida al acusado en todas sus declaraciones prestadas en la etapa investigativa, situando las agre-

siones en el mismo Jardín y en el cuarto en que el agresor guardaba sus herramientas, donde se logró comprobar, con la misma prueba de cargo, e incluso con la aportada por la defensa, que el único hombre que trabajaba en el Jardín con ese nombre era Jaime Paredes, de hecho así lo refirieron las dueñas del establecimiento **Edda y Laura Lantadilla**, cuando explicaron que el tío Jaime era el sujeto que trabajaba en la mantención de los artículos del Jardín y que en oportunidades ayudaba en los eventos extra programáticos que se hacían y que el otro hombre que concurría al Jardín era el tío Cristian, profesor de música, que sólo asistía los días jueves en la mañana, información que también confirmaron las educadoras de párvulos **Alejandra Bravo González** y **Karin Bravo Osorio**, secundadas por las asistentes de párvulos **Elizabeth Iturra Rodríguez** y **Romina González Núñez**.

Del mismo modo, se demostró que el acusado tenía acceso a los menores al interior del recinto educacional y sin perjuicio que no se logró determinar con exactitud cuál era el horario de trabajo de este sujeto, puesto que los testigos citados en el párrafo anterior, todos miembros del establecimiento educacional, referían que la asistencia del acusado era muy esporádica al Jardín, lo cierto es que de sus mismos dichos se desprende que había una cierta habitualidad en sus funciones. Todos, incluso las tías del Jardín, lo denominan “Tío Jaime”, apelativo que importa un grado de permanencia habitual en el establecimiento educacional, lo que

desde ya descarta, como lo refieren las trabajadoras, que la asistencia del acusado era esporádica o a lo lejos. Es más, y sobre este punto, el persecutor, se preocupó de demostrar que la presencia del acusado era habitual en el Jardín, de hecho, además de los padres de los niños afectados, que siempre situaron al acusado en el establecimiento, también lo hicieron otros apoderados que declararon en el juicio, como **xxx**, apoderada del Jardín desde el año 2007 a 2011, quien dijo que conocía al tío Jaime, quien desarrollaba las labores de carpintería y jardinero, sujeto que estaba en el lugar cotidiana y permanentemente, incluso a veces le abría la puerta; lo describió como un funcionario más del Jardín, al cual su hijo conocía perfectamente por su nombre. También dijo lo mismo **xxx**, apoderada del Jardín durante el año 2011, quien sabía que el tío Jaime era el carpintero y muchas veces hacía las veces de portero y su hija –la alumna– lo conocía perfectamente por su nombre. En el mismo sentido declaró **xxx**, apoderada del Jardín desde el año 2009 al 2011, señalando que conocía perfectamente al acusado, pues se trataba de un sujeto al que veía a diario en el lugar y que su hija ubicaba, al igual que el acusado a ella, recordando que en una oportunidad se despidió de ella por su nombre. Así además lo dijo **xxx**, también apoderada desde el año 2009 a 2011, quien explicó que siempre cuando iba a buscar a su hija, la puerta se la abría o la manipuladora de alimentos o el tío Jaime, de hecho ejemplificó la habitualidad en la presencia del acusado

en el Jardín, con el hecho de que su hija le decía que el tío Jaime vivía en el fondo del patio. Por último y en este mismo sentido, se escuchó a **xxx**, apoderado desde el año 2009 hasta el 2011, quien dijo que cuando iba a buscar y a dejar a su hija, siempre veía al acusado en el Jardín Infantil, ejemplificando que su hija lo ubicaba perfectamente, de hecho le contó que un día fue junto a uno de los niños afectados de este juicio a la “casa” del tío Jaime, pero que éste la había echado porque hablaba mucho, detalle no menor, porque lo mismo le contó **xxx** a su madre, en el sentido que el acusado echaba a las niñas, jugando sólo con los varones.

Ahora, más allá de darle credibilidad a los dichos de las madres de los afectados y al resto de los apoderados que declararon en el juicio que situaban al tío Jaime siempre o casi siempre en el Jardín, lo cierto es que ellas entregaron un dato importante, y es que el acusado conocía los nombres de sus hijos y ellos a su vez conocían perfectamente al tío Jaime, ya sea porque en varias oportunidades se despidió de ellos o porque los infantes describían situaciones que hacía el acusado dentro del Jardín y que ellos percibían, información que incluso confirmó el imputado en la oportunidad que declaró en la Policía de Investigaciones y denotaba, por una parte, una cierta habitualidad en su presencia en el Jardín y por otra, quizás la más importante, que tenía interacción con los menores al punto de conocerles sus nombres, con lo cual cae la intención de la defensa, avalada por la declaración de las tías del jardín y secundadas en

este punto por **Gladys Garcés Burgos**, de que el acusado tenía una nula o poca interrelación con los niños. Sobre este tópico, el defensor cuestionó la parcialidad de las madres y padre, en un caso, de los niños que declararon en el juicio –la mayor parte, dicho sea de paso, cuyos hijos no estuvieron involucrados como víctimas en estos hechos–, fundado en la molestia o enojo con el establecimiento por lo ocurrido, y que por ello se debía preferir los dichos de los funcionarios del Jardín Infantil, como las dueñas o lo aseverado por las tías y las asistentes; pero al respecto, se debe considerar y analizar un punto de relevancia en los dichos de éstas últimas, y es que ellas eran las personas a cargo del cuidado de los menores, de manera que en definitiva es su responsabilidad la que se encuentra en juego en este juicio, por ello sus dichos, contrario por supuesto a lo evidenciado en esta audiencia, carecieron de valor en este punto.

De la misma manera, se demostró en el juicio que el lugar específico donde se produjeron los ataques sexuales quedaba retirado de la edificación donde se realizaban las clases. Así lo describió la funcionario de la policía de Investigaciones **Anoa Durán Candia**, cuando explicó las fotografías que tomaron al momento de constituirse en el Jardín Infantil, donde se observó la abundante presencia de vegetación, específicamente árboles y otros tantos juegos infantiles, elementos que obviamente dificultaban la vigilancia visual desde el sector de la edificación hacia la parte trasera del patio, donde preci-

samente los menores describen que el tío Jaime los penetraba analmente, específicamente el cuarto de herramientas. Esa misma conclusión se logra a partir de los dichos de varios apoderados del Jardín, como **xxx, xxx, xxx y xxx**, todos coinciden en que por la extensión del patio, la vegetación y juegos existentes, hacían imposible la vista desde las salas hasta el fondo del patio. Incluso el último de los apoderados citados ejemplificó describiendo una situación, en la cual en una actividad extra programática de los niños, donde ellos participaban, se retiró a la parte trasera del patio, al lado del cuarto de herramientas, a fumar, lugar que escogió precisamente para que los niños y demás asistentes no lo vieran realizar tal actividad. En el mismo sentido lo dijeron **xxx y xxx**, pero ambas agregaron que hubo oportunidades en que ellas asistieron al Jardín y vieron situaciones extrañas con respecto al cuidado de los niños. Así, la primera testigo refirió que durante el año 2010, en varias oportunidades en que fue a buscar a su hijo, vio a los niños jugando solos en el patio, observando a la tía Alejandra trabajando al interior de la sala de clases, ya que en ese entonces ella cursaba un magíster, dato que incluso confirmó, primero **xxx**, padre de **xxx**, quien describió idéntica situación y luego la propia parvularia, cuando reconoció que en el año 2010 estaba haciendo un curso de posgrado en Santiago, y que asistía los días Sábados a él. A su vez, la segunda testigo, refirió que recuerda una oportunidad en que fue a dejar a su hija, un día miércoles cerca de las 10 de la

mañana, donde salió al patio y vio cuando las tías hicieron entrar a los niños que estaban jugando, pero de pronto sintió un llanto, se acercó y vio en el sector de la huerta, a un menor llorando, llamó de inmediato a la tía Edda, quien no le dio mayor importancia al asunto.

Pues bien, el cúmulo de antecedentes antes señalados, colocan en una evidente posición material al imputado de cometer los delitos por los cuales fue acusado, resultando poco probable, como lo aseguran las dependientes del Jardín, que ello no haya ocurrido, pues existía el lugar apropiado y además las ocasiones suficientes, de hecho el propio acusado en su declaración prestada a la psicóloga **Angélica Vega**, así lo dice, cuando le reconoció que las veces que se quedaba un niño afuera, él iba y le decía a las tías que un niño se le había “disparado”, haciéndole entrega del menor, con lo cual este control estricto de conteo del que dan cuenta **Laura Lantadilla** y **Karen Galarce**, que supuestamente haría imposible los hechos, resultó no ser efectivo o bien no tan eficaz.

Además, sobre alguna posibilidad de error en la individualización precisa del autor, no se debe olvidar que los menores entregaron no sólo la individualización del acusado con su nombre de tío Jaime, sino que también señalaron las actividades que este realizaba en el establecimiento educacional, pues describían que quien los agredió sexualmente era el tío que les daba fruta y el que arreglaba los juguetes, actividades que eran las que precisamente hacía el

acusado, entre otras, al interior del Jardín Infantil. A su turno, es indispensable tener presente que el juicio versó sobre la violación a tres menores, dos de ellos, de 2 años de edad a la fecha de los hechos y uno de 4, lo que se demostró con el mérito de los certificados de nacimiento acompañados al juicio, quienes, primero presentaban lesiones compatibles con una violación anal, luego, entregaron un relato acorde con dicha lesión, con sintomatología asociada a la experiencia de una vivencia traumática en ese orden, y que por último, de manera uniforme incriminan al tío Jaime, a quien le atribuyen la misma forma de agresión, en un contexto de juego y con la dinámica del silencio, bajo amenazas de llamar a carabineros. Suponer un error en todo ello importa desconocer las reglas más elementales de la lógica, sobre todo cuando se careció de algún antecedente probatorio que siquiera hiciese pensar en un error en el diagnóstico o en la imputación.

En resumen, los asertos de los niños no parecieron algo inventado, aprendido o manipulado por terceros, lo que este Tribunal validó, no sólo con los dichos de la psicólogas **Aliaga** y **Stappung** que descartaron tal aspecto, sino también por la forma de develación, ya que recordemos la investigación se inició por la denuncia de un abuso sexual y las violaciones sólo quedaron en evidencia una vez que se examinaron a los menores por la perito del Servicio Médico Legal. Además este ente jurisdiccional precisa que los niños víctimas de una agresión sexual demuestran tal vulneración mediante los cambios

de conducta de que son sujetos, de manera que, una modificación de ánimo, un mal dormir, una enuresis, una encopresis y tricoticomanía, son elementos delatores de esta clase de victimización y no responden a comportamientos inducidos o inventados.

Siendo ello así, los antecedentes de cargo analizados sirvieron para conformar, en su conjunto, la convicción necesaria a este Tribunal para acreditar, más allá de toda duda razonable, que el acusado Paredes Uribe participó en calidad de autor ejecutor, inmediato y directo en los delitos de violación materia de este juicio, en los términos establecidos en el artículo 15 N°1 del Código Penal; intervención que además, resultó antijurídica y culpable, pues no se detectó que el imputado hubiera perdido su juicio de realidad, como lo sostuvo la perito de la Policía de Investigaciones, doña **Angélica Vega Lizama**, quien aseguró que el imputado tiene su juicio de realidad conservado.

(11°) Análisis de la declaración del acusado, otras alegaciones de la defensa y su prueba que no ha sido analizada previamente. La declaración del acusado resultó acomodaticia y mendaz, y destinada únicamente a sustraer su responsabilidad en los hechos. En efecto, simplemente negó tales acometimientos hacia los menores, pero no entregó –al igual que su defensa– ninguna explicación lógica del porqué tres niños lo imputaban de tan delezna- bles hechos. Por el contrario, el acusado se sitúa en el sitio del suceso

en las horas en que estos mismos ocurrieron, precisando que era dos o tres días a la semana, con lo cual se colocó en una clara posición material de poder acometer a los menores. Lo primero que habrá que señalar al respecto, es que para creer en el acusado debíamos especular en base a una supuesta inculpación infundada por parte de las víctimas o de sus cercanos, la que además debía estar motivada por algún resentimiento de odio o venganza, pero nada de ello ocurrió, es más, las reglas de la lógica no comparten lo aseverado por el acusado, pues no se entiende el por qué los menores de cortísima edad iban a denunciarlo, incluso pese a la evidente admiración que le tenían.

Por otro lado, las alegaciones de la defensa que requería la absolución de su representado serán rechazadas, primero porque la prueba de cargo resultó suficiente para demostrar los hechos ilícitos y la participación, no siendo óbice para ello, en este caso, la falta de la declaración de los menores de manera directa en el juicio. En efecto, no debe olvidarse que nuestro proceso penal, específicamente el artículo 295 del Código del ramo, consagra el principio de libertad probatoria, por el cual los hechos y circunstancias del caso pueden ser probados por cualquier medio de prueba incorporado válidamente al juicio. Esa misma libertad de prueba es la que permite valorar los dichos de aquellos que escucharon de manera directa el relato de los menores, pero la situación de que no sean testigos directos de los hechos –lo cual obviamente en este tipo de delitos generalmente no se da–, no

los inhabilita para declarar como tales, pues el sistema de libre valoración de la prueba, conlleva la inexistencia de inhabilidades en virtud de las cuales un testigo en abstracto no deba ser creído por el tribunal. Sobre este punto, es efectivo que lo que se valora por este ente jurisdiccional son las declaraciones de las personas que declaran en la audiencia, pero eso no implica desconocer la relevancia probatoria de los testigos de oídas –quienes también exponen en el juicio–, dado que, la legislación procesal penal les reconoce implícitamente importancia, al señalar que no existen testigos inhábiles, en su artículo 309 del Código adjetivo, ya que lo importante es que éstos den razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declararen, expresando si los hubieren presenciado, si los dedujeren de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubieren oído referir a otras personas. También es cierto que la prueba de testigos de oídas es de menor calidad que la de un testigo directo, pues no permite el testeo o control por parte de la defensa de la información que da cuenta, pero ello no la descarta *per se*, sólo hace más dificultoso para el ente persecutor, acreditar el hecho y la participación, lo que en este caso logró a cabalidad, pues en el juicio se escuchó a varios testigos, entre ellos sus padres, la doctora que hizo la pericia y las psicólogas que analizaron el relato de ellos, que reprodujeron los dichos de los niños, todos uniformes y sin evidenciar alguna duda de aquellas que permitan absolver al acusado. Además, sus declaraciones se prestaron en un juicio oral y con-

tradictorio, lo que permitió otorgarles el valor de elemento probatorio de cargo. Por eso más allá de analizar las razones que los padres de los infantes tuvieron en cuenta para no hacer declarar a sus hijos, lo cierto es que, la valoración de las declaraciones de aquellos que escucharon a los niños en la etapa investigativa, en su calidad de testimonios de oídas, permitió conocer lo que realmente les ocurrió.

Por lo anterior y tal como lo señalan los profesores Baytelman y Duce, que “el valor de convicción que tenga un testigo dependerá de cuán creíble, cuanto poder de convicción tenga esa declaración en atención a los diversos factores que construyen credibilidad”. (Litigación Penal, Juicio Oral y Prueba, Ediciones Universidad Diego Portales, Primera Edición, página 105). Así, el efecto de un sistema de libre valoración de la prueba en materia de evidencia testimonial es que todos los testigos valen, pero su peso dependerá de las condiciones de credibilidad específica de cada caso. En este sentido, tal como lo sostuvo la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, en causa Rol Corte 190-2006, de fecha 31 de julio de 2006, “*la inmediación del sistema –que por eso es de única instancia– exige que sean los jueces que presencian la prueba, los que calibren la credibilidad y fuerza de los diferentes medios*”.

Ahora bien, la convicción de condena adquirida por el tribunal, se fundó no sólo en el relato de los testigos que como terceros escucharon la incriminación de los menores, sino

que ella devino del análisis lógico y armónico de toda la prueba de cargo, tales como el diagnóstico médico pesquisado en ellos, su sintomatología asociada y por sobre todo, por el hecho de que no fue una imputación aislada, sino que lo fue de tres menores que describían una misma situación de vulneración sexual y un mismo agresor.

Por otro lado, punto central del presente juicio fue la prueba pericial, que como lo dispone el artículo 314 inciso primero del Código Procesal Penal, es aquella necesaria para apreciar algún hecho o circunstancia relevante en la causa, para lo que se hace necesario o conveniente un conocimiento especial de una ciencia o arte. Entonces, lo antes dicho, constituye el objetivo natural y propio de la prueba pericial de expertos, y que en el caso *sub-lite* ha pretendido por parte de la Defensa cuestionar, con otro criterio experto, –estudio realizado por el doctor **Luis Ravanal**– la metodología, valoraciones y conclusiones incluidas en el informe realizado por la médico del Servicio Médico Legal, **Luisa Pérez Videla**.

Lo primero que se dirá, es que el problema no tiene como solución una simplificación, como sería someter a análisis la formación académica de cada profesional más su experiencia laboral en el área y en base a ello discernir a cuál de los dos estudios le damos mayor fiabilidad.

En segundo término, para situar las cosas no debemos nunca olvidar que el examen que realiza la doctora Luisa Pérez es aquél que representa

en estricto rigor la pericia, a modo que lo refiere el artículo 314 del código adjetivo penal antes citado, ya que ella es quien interactúa directamente con el “objeto de la pericia”, los niños víctimas de un atentado sexual, ya que el informe del doctor Ravanal se limita a analizar la parte escrita de los informes sexológicos realizados, y de las fotografías que se le remiten, concretamente de dos de los tres menores, xxx y xxx, pues ha quedado establecido en el juicio por los propios dichos de Ravanal, que de xxx ninguna fotografía examinó al momento evacuar su informe.

Por tanto, el mismo rigor exigido a la doctora Luisa Pérez se debe requerir del doctor Ravanal, por cuanto debemos inferir que las observaciones que el perito hace en audiencia a partir de las fotografías de xxx, sólo son expresión de lo que analiza justamente en dicho momento y así, no hacen parte de su estudio. Por lo demás, esta fue la postura que el Tribunal acogió cuando la Defensa –en cautela de sus intereses– objetó la inclusión de referencias de la prueba pericial del Ministerio Público y las Querellantes a aspectos que no estuvieran contenidos en sus estudios.

Ante la situación presentada, es menester señalar que, para decidir sobre la preminencia entre uno u otro estudio, no basta con colocar en una balanza los pergaminos académicos y de experiencias de uno y otro galeno, y optar en dicha encrucijada por aquel de los profesionales que nos impresione como el “con más conocimientos” o aquél con más años de trabajo en el área. Decidirlo

así, haría siempre y en todo caso dar el favor a la parte que presenta los “expertos más expertos” y la solución no siempre pasa por dicha vertiente.

Entonces, la solución para optar o no por las afirmaciones y conclusiones del informe pericial de la doctora Pérez, pasan por dar crédito o no a las objeciones y críticas del meta peritaje realizado por el doctor Ravanal, y así como este último evalúa al primero y lo somete a escrutinio, los jueces ponderamos la rigurosidad y fiabilidad del segundo, desde el ejercicio del análisis conjunto de la prueba.

De esta manera surge la interrogante de ¿Cómo ponderar los informes de la perito Pérez sin considerar la forma de develación de los hechos, los relatos de los progenitores de los menores, la forma del juego relatado o los niños que se incluían en él? Ciertamente que cruza al análisis del informe del Servicio Médico Legal lo expresado, en lo que a la sazón fueron los antecedentes de cómo se conocieron los hechos de relevancia jurídico penal. En este contexto el Tribunal se transforma en un espectador privilegiado por cuanto tiene la posibilidad de ver en escena a todos los actores que reconstruyen la historia, lo que sin duda constituye una franquicia que los expertos no poseen y menos aún, aquél de ellos, que ni siquiera ha tenido la posibilidad de apreciar el objeto de estudio. Su alcance *per se* por tanto aparece mucho más limitado en su análisis.

Pero veamos a las objeciones planteadas por el doctor Ravanal:

1.- Para el examen de los niños en general, hace una crítica del informe aduciendo que se trata de examen médico muy escueto, en que se omiten antecedentes para una correcta valoración, como cuando se considera una penetración por pene por vía anal, ello debido a la desproporción entre un pene erecto de un hombre adulto y del ano de un niño infante.

Sobre este punto, queda claro que el experto fue puntilloso al explicar que, por las características propias de la anatomía de un miembro viril erecto de un adulto, la introducción de cuerpos cavernosos del pene en el ano de un niño de la edad de las víctimas, necesariamente habría provocado desgarros en ellos, lesiones que no apreció ni tampoco lo hizo la doctora Pérez.

Sin duda, que nadie podría objetar desde el punto de vista científico la conclusión del doctor Ravanal, pero ella tiene un problema de base. La valoración se hace bajo dos presupuestos: a) supone que la introducción del pene en el ano sólo es tal cuando hay invasión de los cuerpos cavernosos; y b) bajo este antecedente tal introducción produce, por la desproporción del miembro viril con la zona de impacto, rompimiento o desgarros de la zona anal de un infante. Agrega que no hay signos concordantes con lo concluido en los tres informes, ya que se asocia a las fisuras con un mecanismo de trauma mecánico, o sea por la penetración peniana al interior del ano, sin embargo esos signos no son los propios de penetración anal, por-

que necesariamente debe existir un desgarró, lesión que describe como profunda que se extiende más allá de la piel, dermis, epidermis, tejido subcutáneo y muscular.

Si nos atuviéramos a los puntos de partida antes referidos, la conclusión sobre inexistencia de violación sería inobjetable. Empero, ¿Quién señaló que el delito de violación impropia requiere de un acceso carnal que signifique la introducción de los cuerpos cavernosos del pene del adulto a un niño?, la respuesta es clara: Nadie, sólo el doctor Ravanal en su estudio. El ámbito jurídico penal no necesariamente coincide en el ámbito de las valoraciones de los campos propios de una ciencia o arte. Es más, son estas últimas que coadyuvan al exégeta jurídico, pero no necesariamente dotan de contenido a las expresiones de la ley inmersas en un tipo penal. En este orden de cosas se aclara que el acceso carnal propio del artículo 362 del Código Penal, se concreta no sólo con la introducción de los cuerpos cavernosos del pene, sino también con una acción distinta que implique la introducción del pene en sus partes blandas, específicamente el glande, todo lo cual desde el punto de vista jurídico penal, es acceso carnal.

Es más, si se cuenta como lo expresó la perito Luisa Pérez que las penetraciones no se hicieron de forma violenta, pues los niños lo veían como una experiencia lúdica y que incluso el ano de los infantes se podría haber preparado estimulándolo con tocaciones, en una fracción de 60 segundos –información coin-

cidente con lo dicho por el doctor Ravanal, quien incluso habló de 30 segundos–, menos se hace perentoria la existencia de un desgarró para acreditar la violación. Lo anterior, debe añadirse que la propia perito Pérez concluyó que precisamente por el tipo de lesiones, hacían sugerir una penetración parcial y no total.

2.- Luego el perito Ravanal señala que se omitió el elemento fundamental del punto de vista de la metodología, que es la descripción de la lesión de la fisura, al no indicar su dimensión. Además, indica que la fisura, es una lesión provocada por un trastorno causado por una enfermedad, es decir, se trata de una úlcera en la zona anal, que es ocasionada por distintos factores, y que en consulta frecuente en el campo de la proctología infantil, se asocia a trastornos gastrointestinales, constipación, defecación, cuadros diarreicos, en esencia, causas por enfermedad.

Pues bien, con respecto a esta afirmación la perito Luisa Pérez afirma justamente lo contrario; que las fisuras son compatibles con un acceso carnal no necesariamente violento.

¿Cómo zanjamos el punto?

Primero, no resulta ser un antecedente validado en la medicina legal, el que las fisuras se relacionen sólo a patologías o enfermedades como lo planteó el perito Ravanal. Es justamente lo contrario, pues la literatura califica a la fisura como un tipo de desgarró. En palabras de un lego: constituye una etapa previa, que no es un desgarró, y que no necesitará de acceso de cuerpos cavernosos ni

un modo violento de ejecución para provocarla. Es decir, no son desgarreros por su intensidad, pero sí parte de la medicina se encarga de apreciarlas y definir las incluso, como un desgarro longitudinal que aparece en la porción distal del canal anal.⁵ Incluso se le ha conceptualizado como desgarro en la mucosa del ano, por debajo de la línea dentada, la cual generalmente causa dolor intenso al defecar, sangrado y ardor.⁶ Es decir, si nos atenemos a lo expuesto para cierta literatura, la fisura podrá ser asimilada a un desgarro de menor importancia y en dicho contexto crece la interpretación que una fisura propiamente tal no sólo posee causas asociada a enfermedades como lo explicitó el médico Ravanal. Estudios indican precisamente que la fisura en el ano es un indicador compatible con una agresión sexual en esa parte del cuerpo⁷ ⁸. Otros refieren que la fisura, es precisa-

mente la lesión más común, en los delitos de violaciones anales⁹. Siendo ello así, es impecable la conclusión de la perito Pérez en cuanto a que la introducción del glande de un pene adulto y el hallazgo de fisuras en el ano de un niño, resultan ser plenamente concordantes o compatibles.

Segundo, como ya se explicó, el tribunal en su calidad de espectador privilegiado, logró armonizar las conclusiones del informe de la perito del Servicio Médico Legal con el resto de la prueba del juicio, la que precisamente da cuenta de un acceso carnal por parte del acusado a ciertos niños –y no todos los del Jardín Infantil Divina Providencia– que coincidentemente describen dinámicas lúdicas que sitúan a los participantes en quienes se encuentran hallazgos y que son justamente los sujetos pasivos del delito.

Por último, existe un dato no discutido; la perito Pérez apreció borramiento de pliegues en los tres niños y ello lo unió a las fisuras detectadas, signo de recurrencia según constató.

3.- Sobre la mentada mala manipulación en el examen que se aprecia en las fotos según Ravanal, sólo baste afirmar que la misma perito Luisa Pérez señaló que su examen

5 SLIDESHARE. PRESENT YOURSELF. [consultado el 8/08/2013 en www.slideshare.net]

6 WIKIPEDIA [consultado el 8/08/2013 en www.wikipedia.org]

7 J. Gil Arrones, R. Ostos Serna, E. Largo Blanco, L. Acosta Gordillo y MA. Caballero Trigo, en **Valoración médica de la sospecha de abuso sexual en personas menores de edad. A propósito del estudio de tres casos** [consultado el 8/08/2013 en http://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1135-76062006000100005&script=sci_arttext#t4]

8 DR. STEPHEN LUDWIG, en **Valoración de la región anal en el delito sexual en la medicina forense clínica** [consultado el 8/08/2013 en [http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00152001000300010&script=sci_arttext)

[00152001000300010&script=sci_arttext](http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00152001000300010&script=sci_arttext)]

9 Dr. Pablo Navarro, en **Valoración de la región anal en el delito sexual en la medicina forense clínica**, [consultado el 8/08/2013 en http://www.scielo.sa.cr/scielo.php?pid=S1409-00152001000300010&script=sci_arttext].

proctológico fue previo a la toma de fotografías de manera que la apreciación médica realizada por ella es anterior, sin previa manipulación, la que se produce sólo para la toma de fotografías en forma posterior. De hecho una de las causas por las cuales no entregó mayores detalles en las fisuras observadas en xxx, se debió precisamente a la presencia de heces en el ano, las cuales se debían limpiar para realizar una mejor apreciación, lo que no hizo precisamente para no manipular el ano del niño y así provocar una dilatación artificial.

4.- Por último, cabe ahora resaltar algunos elementos de los que hace referencia el perito Ravanal que vale la pena tratar:

a) A pesar de lo planteado sobre la exposición dada por el perito Ravanal a las fotografías de xxx en la audiencia, y la no inclusión de dichas observaciones en el meta peritaje realizado, las aseveraciones del profesional, al analizar y explicar una de las ilustraciones, en cuanto a que no observaba en el ano de este menor una fisura a la hora seis de las esferas del reloj, sino que derechamente la seña correspondía al curso del rafe medio –que es la unión entre el hemisferios izquierdo y derecho de la zona perianal– se dirá que contrariamente a lo afirmado por este galeno, fue la explicación de la doctora Pérez aquella que impresionó más acabada y apegada con la imagen que se exhibió en la audiencia, pues ella supo adecuadamente distinguir dos líneas o surcos claramente diferenciables, aquella correspondiente al rafe medio, que en la

imagen se veía algunos milímetros más a la izquierda que la mancha blanquecina que describió con la fisura mentada, situada a la hora seis de las esferas del reloj. Es decir, distinguió dos huellas en la fotografía que supo correctamente explicar a los jueces, a diferencia del perito Ravanal que no hizo tal digresión, lo que en todo caso fue entendible si se cuenta que era primera vez que observaba esta foto.

b) Al analizar las fotografías del menor xxx, primero, el perito Ravanal no aprecia restos de fecas, lo que el Tribunal observó como evidente a partir de las ilustraciones exhibidas en la audiencia, y en segundo término, a partir de una explicación que tiene como base una secuencia de fotografías del ano de este infante, concluye la existencia de una manipulación de la zona por parte de la médico que practica el examen, que provocó una dilatación artificial del ano. Sin embargo, tal explicación careció de todo mérito, pues el doctor Ravanal frente a los jueces pasó de la fotografía N°2501 a la N°2500 y finalmente, siguió con la N°2503, debiendo hacerse la salvedad que no existió una fotografía N°2502, o al menos ella no se exhibió en la audiencia. Entonces, la supuesta secuencia fotográfica –fundamento de su aseveración– no fue tal ya que no se siguió un orden en la misma para demostrar sus tesis, es decir, no se proyectó en imágenes una verdadera “secuencia”, la fiabilidad de su aseveración decayó.

En conclusión, las objeciones planteadas por el perito Ravanal no

fueron decidoras para el estudio de la doctora Pérez y por tanto, se desechó la conclusión central de dicho informe, siendo lo relevante del proceso de valoración, el total de la prueba que el Tribunal apreció y escuchó, es decir, todos aquellos antecedentes que los jueces conocimos y objetivizamos, y que permitieron distinguir lo posible de lo imposible, lo lógico de lo que no lo es, lo científicamente probable de la mera especulación y que tuvo como base el conocimiento de los hechos de índole sexual que se denunciaron.

De mismo modo, también se desechó la crítica que hizo el defensor, en cuanto a que la perito Pérez realizó sus conclusiones basado en los relatos de los menores, más que en su observación clínica, reclamando, además, que la obtención de dichos relatos no eran parte del objeto de su pericia. Sobre lo primero, debemos decir que la doctora dejó en claro que su conclusión se debió a los hallazgos físicos que pesquisó en el examen de los menores, los cuales se vieron ratificados –supone un evento valorativo posterior– con el relato que ellos le entregaron. Sobre lo segundo, todo peritaje y en especial los de este orden, se deben iniciar con la anamnesis del paciente, que en este caso, debido a la edad de los niños, se debe complementar con datos que entreguen sus progenitores, y entre esos datos por supuesto que resulta no sólo necesario, sino que completamente válido la obtención, si se puede, de un relato sobre lo sucedido o denunciado. El profesor Osvaldo Romo Pizarro, en su libro *Medicina Legal, Elementos*

de Ciencia Forense, Ed. Jurídica de Chile, 1ª ed. 1992, pág. 337, nos aclara el punto y dice “*De acuerdo a la estructura del peritaje sobre agresión sexual, tradicionalmente, el perito debe buscar: signos reveladores del acto sexual y signos de violencia extragenital. Previo al examen físico de rigor se efectuará la anamnesis de la víctima, a fin de obtener de ella, en base a un interrogatorio adecuado y procedente, todos los hechos recordados de su vivencia. Se pretende con ello aportar todos los indicios a la investigación, incluso aquellos anteriores a la agresión sexual misma...*”

Por otra parte, el letrado defensor cuestionó o criticó la indeterminación exacta de las fechas en que ocurrieron los hechos, ya que ello se debe –lo que este ente jurisdiccional recordó, dada la experiencia adquirida en los diversos juicios en que se ventiló esta misma situación– a que, por revestir la agresión sexual carácter crónico y con un desarrollo periódico, los niños y en especial los de autos por su corta edad, no están en condiciones de precisar con exactitud el día en que ocurrieron cada uno de los actos de connotación sexual de que fueron víctimas, lo que explica el hecho que pierdan detalles específicos de las situaciones sufridas a medida que se reiteran los abusos y generalicen las vivencias, para luego considerar todos los eventos en un solo bloque homogéneo y sin distinción de cada caso en particular, de allí que, describan todos los actos de vulneración sexual muy coincidentemente, sin precisar mayores pormenores. Esto se explica por el hecho que el pensamiento de los niños de

esta edad es concreto y está inmerso más en el presente que en el pasado; entonces, mal puede este grupo generacional señalar con determinación la fecha exacta en que ocurrieron los acontecimientos, sino es mediante tiempos aproximados. Sin perjuicio de la señalada limitación, la prueba producida en el juicio, en especial los dichos de las madres de los menores —que debido al estricto control de la defensa era la misma que ya estaba en la carpeta investigativa—, acotó de cierta manera la época en que se produjeron las agresiones sexuales, con cierta configuración de forma y por sobre todo con varias características de contexto, tales como lugar, en la parte trasera del jardín donde se encuentra el cuarto del tío Jaime, en los horarios de clases y en los días de semana, que eran aquellos en que los niños concurrían al establecimiento educacional.

En este mismo sentido, y referente a los cuestionamientos a la época de ocurrencia de los delitos efectuado por la defensa, sólo habrá que señalar que ellos se ubicaron, en la acusación, en un período de tiempo determinado —esto es desde marzo de 2009, en dos casos y octubre de 2009 en uno de ellos, hasta junio de 2011— época que resulta válida para los efectos de cumplir con el estándar, quizás mínimo, pero útil al fin para preparar una adecuada defensa, pues como se explicó, los antecedentes de la carpeta investigativa permitían acotar ese período en las épocas en que finalmente este Tribunal situó los abusos, para cada caso. Además, la misma acusación entregaba datos que permitían ir situando

los hechos. En consecuencia, no se trata de una imputación vaga, sino de la atribución de hechos concretos que permiten definirlos como un comportamiento singular de la vida del imputado y que le posibilitan enfrentarlos de manera eficaz, cuestión que por lo demás ocurrió en este caso, pues, su defensa, además de cuestionar la validez formal de la acusación, fundó su petición absolutoria en la insuficiencia de la prueba de cargo y en la imposibilidad material de que se haya producido un acometimiento hacia los menores por parte de su representado, ejerciendo por tanto una defensa activa sobre el fondo de lo controvertido.

De esta forma, la acusación fue clara, pues no cabe duda de que es inteligible y fácil de comprender; precisa, ya que impresionó como cierta y determinada y además, describió las circunstancias esenciales de la imputación, lo que no quiere decir por cierto, que ella fuera totalmente acabada en su descripción, milimétrica o completa, ello porque nuestro legislador procesal penal no exige tal estándar y de otra parte, porque necesariamente una exigibilidad de tal calidad, olvidaría asuntos como el de autos, en que dadas las características de los ilícitos y la edad de las víctimas —en muchos casos seriamente dañadas—, difícilmente se alcanzaría el grado de pulcritud exigido, dadas las características de dichos relatos, lo que llevaría derechamente a muchos fiscales a desistirse de la presentación de estos casos, lo que político-criminalmente aparece como impresentable.

Como última alegación a tratar de la defensa, se cuestionó el hecho de que las madres no hayan pesquisado con anterioridad los supuestos signos de violación en los potitos de sus hijos, pero formularles tal amonestación sería exigirles demasiado, no se trata de personas expertas en la materia, e incluso hicieron referencia a ello, cuando la madre de xxx dijo que sólo se lo veía rojo o irritado, y si bien en algún momento pensó que podía estar un poco dilatado, nunca lo asimiló a algún tipo de abuso, pues se trataba de su primer hijo y sólo conocía el potito de él, ni siquiera el suyo se lo había mirado alguna vez. Lo mismo dijo la madre de xxx, la que incluso precisó que cuando la perito del Servicio le exhibió el ano de su hijo, no apreció nada distinto a lo que ya había visto, sólo irritado.

Cabe precisar que el abogado defensor con el tipo de recriminaciones comentadas, no generó elemento alguno que hiciera surgir en el espíritu de este Tribunal una duda razonable pero, en todo caso, se explicita que al ente jurisdiccional se le exige, como estándar probatorio para condenar, que adquiriera la convicción, más allá de toda duda razonable, de que realmente correspondió al acusado una participación culpable y penada por la ley, la que adquiere en base a la prueba producida durante el juicio oral. De esta manera, y como lo dijo el catedrático Cristián Riego Ramírez, en su monografía “Nuevo estándar de convicción”: no se impone al juzgador que tenga la plena certeza de que una persona intervino en la comisión de un delito, puesto que, hacerlo implicaría

que no se albergara algún tipo de duda de ello con la prueba rendida, como era exigible en el antiguo sistema inquisitivo, por eso ahora, se trabaja con probanzas que no produzcan certeza absoluta, tales como las indirectas o las cuestionadas por su calidad o credibilidad, que resulta ser el común de los casos ante la dificultad de contar con plena prueba, pero lo importante es que con ellas se adquiriera la convicción de que una persona participó en un delito, sin que le asista una duda razonable, o sea, aquella de importancia y trascendencia que impida condenar. Si las incertidumbres que nacen no tienen estas características, quiere decir que se puede sancionar.

Por último, el resto de la prueba de la defensa que no ha sido analizada, en nada alteran las conclusiones a las que se ha arribado y resultaron insuficientes para generar alguna duda razonable sobre la existencia de los hechos ilícitos imputados. En efecto, el perito social **Roberto Mayorga Silva**, sólo hizo referencia a la vida del acusado y a su arraigo social y familiar. En el mismo sentido, los dichos de **María Herrera Alarcón** y **Elsa Vargas Díaz**, sólo se refieren a la conducta pretérita del acusado, pero ninguno de ellos, al no haber estado presente en el lugar, día y a la hora de los hechos, pudo afirmar que los delitos no se perpetraron. En el mismo sentido, los documentos acompañados denominados **comprobante de egresos**, nada pueden probar, desde el minuto en que son documentos que emana de las dueñas del Jardín y suscritos por el acusado, desconociéndose si existen más

de ellos. De hecho no tienen una relación cronológica en su numeración correlativa, muchos poseen sendas enmendaduras y otros tantos, a simple vista, se ve que están escritos con dos lápices pastas distintos, lo que sugieren o hace presumir que no contienen información original.

Por lo demás, no debe olvidarse que la presente condena no se basó en meras sospechas o simples conjeturas sobre la intervención del condenado, sino en una serie de elementos probatorios y circunstancias que, conectados entre sí, de manera armónica y natural, permitieron desvirtuar la presunción de inocencia que lo amparaba y alcanzar la certeza necesaria sobre la autoría establecida respecto de los delitos acreditados.

Finalmente, cabe señalar que este Tribunal condenó al acusado, no por sus características personales ni por pertenecer a alguna clase social o grupo religioso, ni menos por la publicidad que ha generado el juicio, sino que tal decisión se tomó en base a la única razón que puede justificar la decisión condenatoria de un Tribunal de Justicia en lo Penal, consistente en la convicción, más allá de toda duda razonable, que exige el artículo 340 del Código Procesal Penal sobre la ocurrencia del hecho y la participación del acusado.

(13°) Agravante. Que la agravante de abuso de confianza establecida en el artículo 12 N°7 del Código Penal, invocada por el ente persecutor y las querellantes, será rechazada, toda vez que la prueba rendida en el juicio no permitió establecer sus presump-

tos básicos, como son el aprovechar o servirse de la confianza obtenida del sujeto pasivo, o, en este caso, de sus progenitores, para la perpetración del hecho punible; esto supone la voluntad del agresor de faltar a la lealtad debida y esperada, por la especial relación que se ha producido entre éste y la víctima, lo cual aumenta la indefensión de ésta. Esta agravante “presupone la existencia de un vínculo, en virtud del cual un tercero ha depositado una fe especial en el sujeto activo del delito, esto es, una cierta esperanza en que por sus condiciones personales le guardará lealtad. No constituye confianza el solo hecho de permitir al autor una aproximación más fácil al objeto del ataque, pues, en muchos casos, la víctima puede verse obligada por las circunstancias a hacer esto último, sin que tal actitud implique depositar esperanza alguna de lealtad en el hechor” (Corte de Apelaciones de san Miguel, Rol 98-2009). En efecto, en el presente caso, lo único que se pudo establecer con claridad es que el acusado gozaba de la plena confianza de las dueñas del jardín infantil Divina Providencia, derivado de una larga vinculación laboral con la familia de éstas, en sus propios domicilios, que las llevó a contratar también sus servicios para desempeñar labores de maestro al interior del Jardín Infantil; pero aquello no implica que la misma confianza le fuera entregada por los padres de las víctimas, quienes otorgaron la responsabilidad de cuidar a sus vástagos, a las administradoras de dicha institución, como también a las educadoras de párvulos y las

asistentes, quienes sí mantenían un trato directo con los menores, en su calidad de encargadas del cuidado y formación de los niños, conforme a los niveles pedagógicos, que según sus edades, les correspondía cursar, lo que era de pleno conocimiento y totalmente aceptado por los progenitores. En este sentido, el acusado no tenía ningún tipo de vinculación formal con los menores, y los apoderados sólo podían asumir que era un empleado más de dicha institución, encargado de labores informales, ajenas al área educativa, al cual divisaban habitualmente en las dependencias, cumpliendo sus funciones y teniendo un trato formal con los niños, a nivel de saludo, pero de ninguna manera le otorgaron algún tipo de confianza respecto de sus descendientes, que éste pudiera vulnerar para así perpetrar los ilícitos.

Sobre este respecto no resulta inoficioso agregar que conforme lo indica la doctrina, la expresión *de confianza* que utiliza la ley corresponde a aquella situación que se crea con la persona con quien se tiene trato íntimo o familiar, y por *abusar* se entiende el aprovechamiento indebido de la confianza que hace la persona en que aquélla se ha depositado, y que le permite precisamente realizar el delito. Más claramente –conforme lo indica el profesor Etcheberry– la voz confianza tiene tanto un sentido de fe depositada en otra persona con la cual nos ligan ciertos lazos (mandante y mandatarios, socios en una misma empresa, etc.), como un sentido de familiaridad (miembros de la familia, amigos), agregando que cualquiera de estos dos sentidos puede

servir para configurar la agravante, siempre que el quebrantamiento de la confianza haya contribuido en alguna forma a la realización del hecho, o a facilitararlo, o a procurar el mayor provecho o la impunidad del autor (Etcheberry, Derecho Penal, T. II, 1999, p. 30). Ninguno de estos supuestos concurre en la especie, por lo que se ha decidido rechazar tal alegación.

(14°) Atenuante de irreprochable conducta anterior. Que no beneficia al acusado la atenuante alegada, pues de la simple lectura de su **extracto de filiación y antecedentes** se desprende que este registra una anotación pretérita por el delito de infracción al artículo 5° de la ley 19.366, cometido el año 1998, ilícito por el cual fue castigado con la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, la cual cumplió en forma satisfactoria. Con ello se demuestra objetivamente que con su conducta pasada, el acusado transgredió una vez el ordenamiento jurídico criminal, concretamente las normas penales que castigaban la conducta ilícita de tráfico de drogas, siendo acreedor de una condena por este crimen; y pese a que con el paso de los años el acusado logró reinserirse adecuadamente en la sociedad, desempeñando diferentes trabajos remunerados y asumiendo el cuidado de su familia, tal como señaló la defensa, basado en los dichos del asistente social Roberto Mayorga y la ex cónyuge del acusado doña Elsa Vargas, aquello por sí solo no permite sanear el obstáculo cierto para reconocer la atenuante, que es que su conducta pretérita no está exenta de

todo reproche, como exige perentoriamente la minorante invocada por el defensor, sin que sea óbice para ello, el hecho de la misma se haya encontrada reconocida en la acusación debido a un error de redacción, como lo señaló la Fiscal.

(15°) Determinación de pena. Que la pena asignada al delito de violación de una persona menor de 14 años, es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados. Teniendo presente que para cada uno de los delitos cometidos por el acusado no concurren modificatorias de responsabilidad penal que considerar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68 del Código Penal, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena.

En este caso, resulta indispensable considerar la mayor extensión del mal producido por los delitos, toda vez que las víctimas de éstos son tres infantes, de cortísima edad, quienes, en un lugar aparentemente protegido, como es el Jardín Infantil elegido por sus progenitores para educarlos desde su más tierna infancia, se vieron sometidos a tocaciones indeseadas y a la violación de sus cuerpos, por parte de alguien que consideraban cercano, por trabajar en el establecimiento donde ellos pasaban gran parte de los días y a quien en cierta forma admiraban, por ser la persona que les arreglaba sus juguetes, les proveía de frutas y nueces, y quien también los hizo partícipes de un juego secreto, que si bien les hacía daño, también en algunos aspectos les agradaba. Por su corta edad los menores no perci-

bían que aquel nocivo juego incluía la vulneración de sus límites corporales, pues se vieron seducidos por el hecho de compartir este juego, que los diferenciaba del resto de sus compañeros y cuyo secreto debían mantener para no verse perseguidos por los carabineros, a quienes comenzaron a temer. Todo aquello implicó, que además de la vulneración física de los niños, éstos se vieran afectados psicológicamente, pues incurrieron en conductas regresivas y cambiaron sus personalidades, al punto de conservar el secreto de aquellas por temor a la autoridad establecida institucionalmente para protegerlos, por aceptar lo que les hizo creer el acusado. Entonces, la afectación de los menores, relatada abundantemente por sus progenitoras en la audiencia y evaluada profesionalmente por las psicólogas a cargo de los niños, que calificaron el daño sufrido por éstos, en un rango de moderado, impide aplicar el grado mínimo de la pena posible, con lo cual ésta se fijaría, para cada uno de los delitos, en el rango del presidio mayor en su grado medio, el cual debería imponerse en su límite superior, por parecer más acorde a las ilicitudes en castigo; lo que implicaría, de aplicar penas separadas, conforme al artículo 74 del Código Punitivo, castigar cada uno de los ilícitos con la pena de 15 años de presidio mayor en su grado medio.

Pero tratándose de delitos de la misma especie, resulta más favorable para el acusado aplicar el sistema previsto en el artículo 351 del Código Procesal Penal. En este caso, se debe tener presente, que la san-

ción base para estas violaciones, es la de presidio mayor en cualquiera de sus grados, la cual el tribunal decidió aumentar, en este caso, en un grado por la reiteración, quedando entonces la pena a aplicar, en la de presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo simple. Dentro de esos rangos y haciendo el análisis que prevé el artículo 69 del Código Penal, por no concurrir modificatorias de responsabilidad que considerar, pero sí existiendo una mayor extensión del mal producido por los delitos, la sanción final se aplicará en la parte superior del presidio mayor en su grado máximo. En efecto, para así decidir se consideró que el daño sufrido por los menores víctimas, requirió que éstos fueran sometidos a tratamientos psicológicos reparatorios de larga data, que aún no han terminado, pese a haber transcurrido más de dos años desde la ocurrencia de los hechos, manteniéndose, en algunos casos, los síntomas de afectación, incluso por el hecho de haber sido testigos de la vulneración de sus compañeros, pese a no entender que ésta se estaba produciendo; asimismo, debe considerarse que los progenitores de estos niños han debido acompañar a sus hijos en todo este proceso, con gran daño personal, al punto de incluir separaciones matrimoniales; todo aquello, unido a la gravedad de los ilícitos cometidos, exige que la imposición de la pena sea en su límite máximo de 20 años de presidio mayor en su grado máximo, sin que por la entidad de la misma proceda el otorgamiento de beneficio alternativo alguno de la ley 18.216.

En cuanto a la demanda civil

(16°) Obligación de indemnizar.

Tal como se adelantó en el veredicto, efectivamente existió un daño que debe ser indemnizado, si se considera que las agresiones sexuales sufridas por los ofendidos que ejercieron esta acción, lógicamente provocaron un daño de la entidad y magnitud que precisaron, de manera científica, la perito **Aliaga y Fraczinet**, lo que fue ratificado por sus madres.

De tal manera que, esta aflicción y daño al espíritu, deberá indemnizarse conforme lo señala el artículo 2314 del Código Civil, que dispone: *“El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.*

Este Tribunal considera que es evidente la aflicción que se le causó a los menores, la que no sólo se condice con las máximas de la experiencia, sino que ello resultó suficientemente acreditado con el mérito probatorio que se otorgó a los elementos de convicción proporcionados en el juicio para acreditar el daño moral invocado por la actora, que este Tribunal considerará para acoger la demanda civil de indemnización de perjuicios, deducida por dicho concepto y en el monto que se dirá en la parte resolutive del este fallo.

Por último, la suma que se ordenará pagar será reajustada desde la fecha de la notificación de la demanda y

generará los intereses moratorios inherentes a toda suma adeudada, los que se devengarán dentro del período comprendido entre la ejecutoriedad de este fallo y el pago efectivo de la suma fijada.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 11 N°6, 12 N°7, 14 N°1, 15 N°1, 24, 26, 28, 39 bis, 45, 50, 56, 68, 69, 362 y 372 del Código Penal; artículos 52, 295, 296, 297, 340, 341, 342, 343, 344, 346 y 348 del Código Procesal Penal, 2314 y siguientes del Código Civil, **SE DECLARA:**

EN CUANTO A LA ACCIÓN PENAL

I.- Que **se condena**, con costas, a **JAIME JAZMÍN PAREDES URIBE**, ya individualizado, a la pena **ÚNICA** de **VEINTE (20) AÑOS** de presidio mayor en su grado máximo, a las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y a la de inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como autor de tres delitos de violación en los menores de iniciales xxx, xxx, y xxx, previstos y sancionados en el artículo 362 del Código Penal, en grado de consumados, ilícitos ocurridos entre los años 2010 y 2011, en la comuna de Rancagua.

II.- También, se le condena a la pena de interdicción del derecho de ejercer la guarda y ser oído como pariente en los casos que la ley designa, y de sujeción a la vigilancia de la autoridad durante los diez años siguientes

al cumplimiento de la pena principal, la que consistirá en informar a Carabineros cada tres meses su domicilio actual y el incumplimiento de esa obligación configurará la conducta establecida en el artículo 496 N°1 del Código Penal.

No corresponde aplicarle las sanciones especiales, incluidas en el nuevo artículo 372 del Código Penal, mediante Ley N°20.594, promulgada el 13 de junio de 2012 y publicada el 19 de junio de 2012, sobre inhabilitación para desempeñar cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad, ello en razón a la época en que se han determinado acaecieron los sucesos delictivos y que según lo dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, impide condenar con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a la comisión de los hechos.

Se prescinde además de aplicar las sanciones del artículo 372 ter del Código Penal, por el mérito de las penas que han resultado impuestas en la presente sentencia.

El sentenciado sufrirá efectivamente la pena privativa de libertad, al no cumplir con los requisitos de la ley 18.216, teniendo presente la extensión de la sanción corporal impuesta, pena que se contará desde el 15 de agosto de 2.011, fecha desde la cual permanece interrumpidamente privado de libertad en esta causa, según se determinó en la audiencia de juicio oral.

EN CUANTO A LA ACCIÓN CIVIL

III.- Que se acoge, con costas, la demanda civil interpuesta por xxx y xxx, ambas en representación de sus hijos y ofendidos personalmente en este delito de iniciales xxx y xxx, respectivamente, y en consecuencia se condena a **JAIME JAZMÍN PAREDES URIBE**, ya individualizado, a pagar la suma de siete millones de pesos (\$7.000.000), más reajustes, intereses y costas, para cada una de las demandantes.

En su oportunidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 113 inciso segundo del Código Orgánico de Tribunales y artículo 468 del Código Procesal Penal, remítanse los antecedentes necesarios al Juzgado de Garantía de Rancagua, para la ejecución de la pena y para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 17 de la ley 19.970.

Del mismo modo, una vez ejecutoriada la sentencia dese cumplimiento, por parte de este Tribunal

Oral, a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 20.568.

Para los efectos de la publicación de la presente sentencia en la página WEB del poder judicial, se deberá omitir todo dato que conduzca a la identidad de los testigos que han hecho reserva de su identidad o domicilio, al igual que el de los menores ofendidos.

Devuélvase a los intervinientes la prueba documental acompañada.

Regístrese.

Redactó la sentencia el Magistrado Álvaro Javier Martínez Alarcón.

RIT 377-2.012

RUC 1100561408-4

Pronunciada por los Jueces Titulares del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Rancagua, don Joaquín Nilo Valdebenito, doña María-Esperanza Franichevic Pedrals y don Álvaro Javier Martínez Alarcón.

COMENTARIO A SENTENCIA CONDENATORIA POR AMENAZAS Y LESIONES COMETIDAS EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR

María Angélica San Martín Ponce¹

Introducción

Se ha seleccionado este fallo para su difusión y comentario, porque reviste interés para la persecución penal de los delitos cometidos en contexto de violencia intrafamiliar, por al menos dos razones.

Primero, porque se logró condenar sin una participación activa de la víctima, dado que si bien ella concurrió a juicio oral, no prestó declaración asilándose en el artículo 302 del Código Procesal Penal.

Segundo, por la valoración judicial que el Tribunal de Juicio Oral hace de las probanzas rendidas, dando por acreditados los hechos, lo que al menos tratándose del delito de amenazas constituye un hito importante, dado que uno de los aspectos requeridos por el tipo penal –la seriedad– en general se ha fundamentado en la relación que pueda dar de los mismos la víctima directa.

Serán estos dos puntos lo que resaltaremos del fallo.

1. Retracción de la víctima de violencia y valoración de la prueba

Casos como éste, en que la víctima en principio denunciante y motor de la investigación penal, se retracta o desiste de sus dichos ya sea durante la etapa investigativa o en el juicio oral, son de común ocurrencia tratándose de delitos cometidos en contexto de violencia de pareja, por lo que constituye un ejercicio necesario plantearnos cómo continuar ejerciendo la acción penal, considerando la relevancia social y el deber que como Estado tenemos de sancionar la violencia contra la mujer, según se establece en el artículo 7 letra b) de la Convención Belem Do Pará, que contempla la obligación de los Estados signatarios de: “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”².

En muchos casos la prueba del Ministerio Público se basará en lo que pueda reportarnos la víctima –testigo directo de los hechos–, prueba idónea para satisfacer el estándar necesario para condenar contenido en nuestro Código

1 Subdirectora de la Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violencia Intrafamiliar, Fiscalía Nacional, Ministerio Público de Chile.

2 Convención Belem Do Pará [en línea] Disponible en: www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html [fecha de consulta: 24 octubre de 2013].

Procesal Penal; de lo contrario, si se exigieran medios de pruebas adicionales, este tipo de criminalidad quedaría sin sanción, favoreciéndose la impunidad de estos delitos. Así se ha reconocido también en países con mayor desarrollo en materia de persecución de violencia doméstica y de género, como es el caso español. En este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo de ese país, contenida entre otras en la sentencia N°725/2007, que señala: *“nadie debe padecer el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimididad de la víctima y del inculpaado, so pena de propiciar situaciones de incuestionable impunidad, por lo que la sola declaración de la víctima tiene aptitud para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia”*³.

Creemos necesario consignar, que lo recién señalado no constituye en sí mismo un aspecto que facilite la condena de un acusado, ya sea porque no es fácil para una víctima declarar frente a su agresor, por hechos ocurridos muchas veces varios meses atrás y habiendo tenido que sobrellevar los efectos colaterales o consecuencias de su denuncia, ya sea en el plano económico, afectivo y /o social o porque en el caso de prestarse declaración ésta deberá reunir determinados requisitos, para que permita sustentar con éxito una pretensión de condena, puesto que sin duda los magistrados deberán realizar un meticuloso análisis acerca de la idoneidad de este único testimonio, primeramente descartando la existencia de motivos espurios, que hagan dudar sobre su veracidad, lo que no significa exigir a una víctima que su agresor le sea indiferente en términos afectivos, bastando con que no aparezcan motivos que hagan sospechar que declara motivada por sentimientos de venganza o resentimiento o por obtener una ventaja procesal. Un segundo análisis se referirá a las circunstancias objetivas de la declaración, referida básicamente a su corroboración mediante otros datos o indicios, por ejemplo: constatación de las lesiones ocasionadas.

Estos criterios especiales de la valoración de la prueba en casos de violencia, en el caso español han sido desarrollados explícitamente por el Consejo General del Poder Judicial, que los sintetiza de la siguiente manera: *“la motivación de las sentencias debe comprender particularmente, el análisis de dicha prueba, explicitando las razones por las cuales el/la juez/a otorga mayor crédito a la versión de una de las partes frente a la otra”*⁴ y adelantándose a otro de los temas vinculados a la valoración de la prueba, referido al derecho de las víctimas a no

3 Ruby Sibony, M^a Ángeles Serrano Ochoa y Olga Reina Toranzo. La prueba y el derecho a la dispensa del deber de declarar por la testigo-víctima en los procedimientos de violencia de género, página 7 [en línea]. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201104-23789125647522.html> [fecha de consulta: 24 octubre de 2013].

4 Instituto Andaluz de la mujer. *El silencio de las víctimas: un análisis jurídico y social*. Sevilla, España 2004 [en línea]. Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/catalogo/doc/iam/2011/143339363.pdf> [fecha de consulta: 24 octubre 2013].

declarar contra su agresor atendido los vínculos de conyugalidad o afectivos existentes, contemplado para todos los delitos en el caso chileno, en el artículo 302 del Código Procesal Penal, agregó: *“Asimismo, en aquellos casos, igualmente frecuentes, en los que la víctima se acoge a la dispensa de la obligación de declarar contra su marido o compañero, la motivación debería comprender expresamente la relevancia que otorga, absuelva o condene, al resto de las pruebas, en particular la de todas aquellas que pudieran constituir prueba indiciaria”*⁵. Así especialmente en los casos en que la víctima se retracta, es necesario un análisis exhaustivo de la prueba restante.

2. Derecho a no declarar en juicio, naturaleza de la acción penal en delitos de violencia y protección de las víctimas

En nuestra opinión, la norma contenida en nuestra ley en el artículo 302 del Código Procesal Penal, relativa al derecho que tienen los testigos a abstenerse de declarar cuando el acusado es su pariente, cónyuge o conviviente, norma que pretende salvaguardar los vínculos de solidaridad existentes al interior de las familias o parejas, previniendo así conflictos de conciencia, tratándose de la persecución de delitos de violencia de pareja presenta evidentes contradicciones. Así podemos señalar que, no nos parece coherente su uso con el tratamiento de delitos de acción penal pública que nuestro legislador estableció a propósito del inicio de las investigaciones por violencia intrafamiliar, sino más bien parece que estos delitos siguen siendo delitos privados o previa instancia particular. En efecto según lo dispuesto en los artículos 82 y 84 de la Ley N°19.968 que crea los Tribunales de Familia, se concede acción penal pública para perseguir los delitos de lesiones, lesiones menos graves y amenazas en contexto de violencia intrafamiliar, alterándose según el principio de especialidad la regla general contenida en el artículo 54 del Código Procesal Penal.

Cada vez que una víctima de violencia se acoge a su derecho a no declarar, según la norma del artículo 302 del Código Procesal Penal, en la práctica permite una especie de renuncia a la acción penal con un detrimento evidente en las posibilidades de condena del acusado, logrando similares efectos a lo que sería conceder a las víctimas la posibilidad de perdonar a su agresor o celebrar con él un acuerdo reparatorio; alternativas directamente proscritas en nuestra legislación, dificultando con ello la sanción de estos delitos, y la protección de estas víctimas, las que a raíz de esta conducta errática evidenciada finalmente en el juicio donde se perseguía sancionar a su agresor, la podría dejar en peor situación frente a su agresor que antes del delito, el que verá que de ella depende finalmente el curso de la acción penal, lo que la hará víctima de

5 Instituto Andaluz de la mujer. *El silencio de las víctimas: un análisis jurídico y social*. Sevilla, España 2004 [en línea]. Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/catalogo/doc/iam/2011/143339363.pdf> [fecha de consulta: 24 octubre 2013].

amenazas en su contra, en el evento que ocurran nuevos hechos de maltrato, lo que sin duda incrementa el riesgo de seguir siendo víctimas del control de su agresor, haciendo cada vez más difícil una acción efectiva que busca su protección de parte de los distintos órganos del Estado.

Sobre este punto podemos señalar que al menos en derecho comparado hay otras regulaciones al efecto, así en Italia se obliga a declarar como testigos en estos casos siempre que hayan denunciado el hecho o se hayan querellado contra el agresor, tampoco en los países del Common Law se les otorga este derecho a la víctimas de los delitos cometidos en el ámbito familiar, en tanto que en Francia tampoco existe esta excepción a declarar contra parientes aunque no están obligados a hacerlo bajo juramento⁶.

Para salvar estas contradicciones, en España un grupo de expertos del Observatorio de Violencia del Consejo General del Poder Judicial, ha promovido modificaciones al artículo 416.1 de su Ley de Enjuiciamiento Criminal, que contiene una norma similar al artículo 302 de nuestro Código Procesal Penal, instando porque dicha norma no se aplique a casos de violencia contra la mujer siempre que sean víctimas del delito y hayan aceptado declarar con antelación al procedimiento, luego de haberseles informado debidamente de su derecho a no hacerlo⁷.

Soluciones como ésta, permiten hacer convivir de mejor forma los diversos intereses en juego, empoderando a las mujeres desde el inicio de la investigación y comprometiéndolas con el resultado final de la causa, de momento que habiendo sido informadas de las consecuencias de su denuncia y de la posibilidad que el agresor sea llevado a juicio oral, ésta pueda decidir colaborar con el proceso penal, lo que además permite disminuir las eventuales presiones en su contra llevadas adelante por el imputado o su familia, de momento que ya no dependerá de ella la suerte del proceso penal.

3. Prueba en el caso que se comenta

La prueba principal la constituyeron las declaraciones del personal policial que acudió a tomar la denuncia y que detuvo al agresor, la prueba pericial

6 BURGOS, Olga. *Finalización anticipada del procedimiento penal de Violencia de Género: La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la LECRIM. Propuestas de Lege Ferenda y regulación en el anteproyecto LECRIM* España, 2012 [en línea]. Disponible en: www.congresoestudioviolencia.com/2012/articulo32.php [fecha de consulta: 24 octubre 2013].

7 BURGOS, Olga. *Finalización anticipada del procedimiento penal de Violencia de Género: La dispensa del deber de declarar del artículo 416 de la LECRIM. Propuestas de Lege Ferenda y regulación en el anteproyecto LECRIM* España, 2012[en línea]. Disponible en: www.congresoestudioviolencia.com/2012/articulo32.php [fecha de consulta: 24 octubre 2013].

referida a la constatación de las lesiones y la declaración de un funcionario de Gendarmería que vio los gestos amenazantes que realizó el imputado a la víctima durante la audiencia de control de detención al día siguiente de ocasionadas las lesiones. Así el funcionario de Carabineros a cargo del procedimiento policial pudo dar al tribunal información suficiente tanto de los hechos denunciados –los que oyó de la víctima– como de lo que pudo apreciar por sus sentidos pocos momentos después de ocurridos éstos, al tomar contacto con la afectada, así el funcionario de Carabineros declaró que: “.....al llegar al lugar junto a personal a su cargo, se entrevistó con la señora E. quien se encontraba en la vía pública, a quien vio en evidente estado de haber sido golpeada, refiriéndole ésta que ***“su pareja momentos antes la había maltratado, la había amenazado de muerte con un cuchillo y además había recibido golpes de pies y puños en su cuerpo”***. Agregando en el contrainterrogatorio efectuado por la defensa que: *“la ofendida evidentemente estaba golpeada, tenía contusiones en la cara principalmente en la mejilla, estaba desesperada. Cuando llegaron al lugar ella se les cruzó en la calle pidiendo auxilio, estaba sumamente desesperada”*.

Esta valoración de la prueba en parte indirecta y en otra directa, fue objetada por la defensa del condenado, mediante la interposición de un recurso de nulidad, sustentado en la causal contemplada en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, esto es, cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e), puntualmente el establecido en la letra c) de la norma citada, es decir, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, es decir, sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Sus argumentaciones tenían que ver tanto con las probanzas valoradas para dar por establecido el delito de lesiones como el de amenazas, así decía haber una contradicción al principio de la lógica, de “razón suficiente”, al haberse dado por establecido el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar con la declaración de Carabineros, quien sólo se habría referido a una lesión visible en la cara de víctima, con el complemento del perito del Servicio Médico Legal, quien no es categórico en cuanto al origen de las lesiones que presentaba la afectada y, en relación al delito de amenazas no condicionales, que la decisión de condena sólo se apoyó en la declaración de un testigo presencial.

Recurso que la Corte de San Miguel rechaza, señalando que no avizora infracción al principio ya señalado, estimando suficiente la prueba rendida en el Juicio Oral.

4. Texto de la sentencia

Puente Alto, veintidós de julio de dos mil trece.-

VISTOS:

PRIMERO: Que con fecha diecisiete de julio del presente año, ante esta Sala del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Puente Alto, integrada por doña Gladys Camila Villablanca Morales, en calidad de Juez Presidente; doña Gloria Isabel Canales Abarca, como Juez redactor y doña Cecilia Flores Sanhueza, como tercer Juez integrante, se llevó a efecto el Juicio Oral Rol Único de Causa N°1201220453-K; Rol Interno del Tribunal N°48-2013, seguido en contra de **C.A.A.E.**, cédula nacional de identidad N°..., nacido..., 39 años de edad, soltero, trabajador de feria, domiciliado en calle..., comuna de....

Fue parte acusadora en el presente juicio el Ministerio Público, representado por la Fiscal Adjunto doña Trinidad Steinert Herrera; en tanto que, la defensa del acusado estuvo a cargo de la Defensoría Penal Pública, representada por doña Angélica Guajardo Cocke, ambas con domicilios y forma de notificación registrados en el Tribunal.

SEGUNDO: Que el Ministerio Público al deducir acusación, según se lee en el auto de apertura del juicio oral, la fundó en los siguientes hechos:

Hecho N°1 :

“El día 08 de diciembre de 2012, alrededor de las 16:00 horas, en el domicilio ubicado en ..., comuna de ..., el acusado **C.A.A.E.**, procedió a amenazar de muerte con un cuchillo a su ex conviviente y madre de sus hijos, doña E.G.L.W., quien a raíz de la seriedad y veracidad de las amenazas solicitó la presencia policial y en el intertanto el acusado la agredió con golpes de pie y puño en diferentes partes de su cuerpo resultando ésta con lesiones de carácter menos graves consistentes en hematoma contuso en región oxiptal, contusión en región nasal, equimosis y contusiones de muslo lateral izquierdo y contusiones de mordeduras humana.”

Hecho N°2:

“El día 09 de diciembre de 2012 aproximadamente a las 12:30 horas el acusado **C.A.A.E.**, en la sala de controles de audiencia del Tribunal de Garantía de Puente Alto, procedió a amenazar de muerte a la víctima, E.G.L.W., quien es su ex conviviente y madre de sus hijos, con gestos consistentes en que le iba a cortar el cuello, quien que se encontraba en el público, cuestión que fue constatada por el Fiscal y también por los Gendarmes custodios.”

A juicio del Ministerio Público tales hechos Los hechos precedentemente descritos, constituyen los delitos de **LESIONES MENOS GRAVES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**, previsto y sancionado en el artículo 399

relacionado con el artículo 400 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado y el delito de **AMENAZAS NO CONDICIONALES EN CONTEXTO DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR**, previsto y sancionado en el artículo 296 N°3 del Código Penal, en grado de desarrollo consumado, atribuyéndole al acusado participación en calidad de autor conforme a lo dispuesto en el artículo 15 N°1 del Código Penal.

Asimismo, añade que no concurren circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal, en virtud de aquello solicita que al acusado se le impongan las siguientes penas:

Por el delito de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar

- **03 (tres)** años de presidio menor en su grado medio;
- **Accesorias** previstas en el artículo 9° de la ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar, establecidas en la letra, b), esto es: prohibición de acercarse a la víctima en el lugar en que ésta se encuentre, por el término de un año;
- **Suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena**, de acuerdo al artículo 30 del Código Penal.; y
- **Pago de las costas de la causa**, según lo previsto en el artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal y artículo 24 del Código Penal.

Por el delito de amenazas no condicionales en contexto de violencia intrafamiliar

- **540 días** de presidio menor en su grado mínimo
- **Accesorias** previstas en el artículo 9° de la ley 20.066 de Violencia Intrafamiliar, establecidas en la letra, b), esto es: prohibición de acercarse a la víctima en el lugar en que esta se encuentre, por el término de un año;
- **Suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena**, de acuerdo al artículo 30 del Código Penal.; y
- **Pago de las costas de la causa**, según lo previsto en el artículo 45 y siguientes del Código Procesal Penal y artículo 24 del Código Penal.

TERCERO: En su **alegato de apertura** el Ministerio Público ratificó el contenido de su acusación, ofreciendo acreditar los fundamentos de hecho de la misma.

Al final del juicio, en su **alegato de clausura** expuso que estamos ante la dinámica común del círculo de VIF; hay una víctima agredida en 8 de diciembre de 2012 y que frente a una realidad de encontrarse sin dinero los últimos meses, de encontrarse frente a la presión de los hijos, quienes seguramente sienten afecto por su padre, no obstante ser agresor, retira la denuncia, tal como lo ha señalado el imputado uno o dos meses después, cuando las presiones se hacen muy fuertes trascurrido esa época.,

y por lo tanto, tenemos una víctima que no declara y que no da cuenta de lo brutal de los hechos el día ya referido. En ese caso debemos sopesar la declaración de gente externa que no tiene ninguna relación ni interés en atribuirle responsabilidad penal a una persona, en especial el funcionario policial que da cuenta de la declaración de la víctima, realizada segundos después. La constatación de las lesiones de la ofendida, que no es justificable por otra razón que no sean los golpes realizados por el mismo imputado. El médico señala que puede ser por un elemento contundente y da cuenta además de que pueden ser golpes de puños, asimismo da cuenta de lo expresado por la misma víctima, una vez realizado el informe del Servicio Médico Legal, que en forma inequívoca reitera que el agresor fue su pareja. Por último, tenemos la declaración del gendarme quien da cuenta de los gestos realizados en una audiencia de control de detención. La fuerza de esto es que vemos a un acusado que no obstante estar en un tribunal de justicia se atreve a amenazar a la víctima. La defensa ha pretendido dejar claro que el primer gesto realizado por el acusado con la mano se puede deber a distintas interpretaciones, lo que es cierto, pero no se debe tomar ese gesto en forma aislada, se deben tomar en relación a los otros antecedentes de prueba, tales como, lo señalado por la misma víctima al gendarme, que efectivamente en su casa existía un cuchillo, como también lo señaló el funcionario de carabineros quien expresó que primeramente fue amenazada

la víctima con un cuchillo, gesticulando atravesar su cuello. Con todo lo expuesto indica que mantiene su pretensión punitiva en cada uno de los delitos.

CUARTO: La **defensa en su alegato de apertura** señaló que presentará una teoría alternativa, indicando que es cargo del Ministerio Público probar los cargos, por ende, solicitará la absolución de su representado.

Concluida la recepción de la prueba, en su **alegato de clausura** indicó que desde su perspectiva cree que nos encontramos ante una víctima obnubilada por los hechos. El Ministerio Público ha efectuado una especulación, ha referido que se ha retirado una denuncia contra su representado, toda vez que hay una presión ya que su éste era el proveedor de la familia. Sin embargo, es una especulación porque eso no lo ha dicho la víctima, quien a pesar que se presentó el día de hoy en la sala de audiencias no prestó declaración, por lo tanto esos dichos no son de la víctima. Tenemos entonces la declaración del imputado, quien no tenía razones para mentir, ya que ha estado bastante tiempo privado de libertad, salió libre y vino a contar lo que sucedió el día de los hechos y ese día su conviviente lo descubre con una amiga, amante, en ese contexto la víctima se ofusca, se produce la discusión y llega carabineros. Se debe recordar que la víctima no estaba sola, estaba en compañía de su familia. Por lo tanto no es posible corroborar las amenazas que se producen el día de los hechos, en que su representado es detenido y

pasado a control de detención. No se puede determinar si fueron serias y verosímiles, sobre todo cuando la defensa basa esa circunstancia en un suceso que presenta la víctima que es una condición de celos. Tampoco es posible establecer seriamente que aquellas lesiones se produjeron y que además las provocó su representado. El Ministerio Público ha señalado que han venido a declarar terceros respecto a las circunstancias que rodearon los hechos, terceros que no tendrían por qué atribuir responsabilidad al acusado. Quien debiera atribuirle la responsabilidad, desea no declarar en audiencia. Lo que presume la defensa es que los hechos no ocurrieron de la forma que los denunció en su oportunidad. El perito al realizar su pericia, señala que los hechos, según le refirió la víctima ocurren en diciembre de 2012, sin embargo, él la atiende el 4 de de enero de 2013. Basa su pericia fundamentalmente en el dato de atención pública y señala que esta víctima presenta una serie de lesiones, pero que no puede señalar la data precisa de estos hechos. Tampoco pudo determinar de quién era la mordida que produjo la víctima, refirió que no lo hizo porque no se realizó ningún examen que pudiera determinar de dónde emanaba esa lesión. Por tanto, cabe preguntarse a priori, si realmente tenía esas lesiones al momento de los hechos y esto lo afirma porque la policía dice que estaba en evidente estado de haber sido golpeada, sin embargo, la única lesión visible en ese momento era en la mejilla. No obstante ello, el Ministerio Público ha acusado por

otros hechos, ya que presentaba una contusión nasal, que debería haber sido observada por el carabinero y éste dice que no observó nada más y una mordedura humana que podría haber sido exhibida, la del muslo quizás convengamos con que no la iba a exhibir, pero sí aquellas podrían haber sido visibles. Por lo tanto, se pregunta si esas lesiones se produjeron ese día o fueron posteriores, máxime si cuando el perito la atiende el 4 de enero y estos hechos tuvieron lugar un 8 de diciembre. Quizás esas mordeduras y lesiones no se produjeron en el lapso de un mes, sino que se producen de forma posterior, previa a la constatación de lesiones respectiva. La verdad es que la defensa deja la duda planteada, puesto que no queda absolutamente clara esa circunstancia. En cuanto a la declaración del Gendarme señor Flores, continua con su teoría, la víctima obnubilada frente a los celos, a la circunstancia de haber encontrado a su conviviente afueras de su domicilio con una tercera persona, enojada lo denuncia. No hay otros antecedentes anteriores que den cuenta de actos de violencia intrafamiliar y si existieron no fueron llevados adelante, porque probablemente no es la conducta regular de su representado, sino la de la víctima, que frente a toda la información que existe respecto a la violencia intrafamiliar, aprovecha y toma como elemento éste para vengarse de él en una circunstancia que ya conocemos. De esta manera, el Gendarme Flores cuando señala que habría existido una amenaza, hace un gesto con la mano que indica una determinada

altura y frente a la pregunta de la defensa reconoce que efectivamente se vio influenciado por la misma víctima que se encontraba el día de los hechos en la sala de audiencia. De esta forma cree que no existe una convicción absoluta de aquella que pueda llevar al tribunal de condenar a su representado por los ilícitos que se han referido en la acusación, de esta manera mantiene la solicitud de absolucón.

QUINTO: Que el acusado **C.A.A.E.**, renunciando a su derecho a guardar silencio, prestó declaración en la oportunidad prevista en el artículo 326 inciso 3° del Código Procesal Penal, indicando, en lo sustancial, que cuando lo acusaron, nunca le pegó, fue mentira. En el juzgado no sabe quién dijo que la amenazó porque es mentira. Incluso ella lo fue a ver estando preso. Fueron problemas familiares, no le pegó y a través del vidrio le dijo que cuidara a sus hijos. Ella incluso quiere estar con él.

A su defensa respondió que ha vivido con la víctima 7 años, tienen tres hijos. Estuvo preso por esta causa como tres meses desde diciembre del año pasado aunque no lo recuerda muy bien, lleva como 20 días en libertad. El día de los hechos andaba bebido pero no le pegó, fueron problemas familiares porque ella lo pilló con otra mujer. Fue un momento de rabia de ella por eso llamó a los carabineros, por sentirse humillada. A pesar de que lo envió preso, ella lo iba a ver a la cárcel, le pedía perdón él también se lo pidió por haberla engañado. Indicó que si él verdaderamente la

hubiese golpeado, la familia de su mujer le hubiese pegado a él porque estaba presente la familia de ella cuando se llevó a cabo la discusión. Esto sucedió en la casa de la madre de su señora, indicó que viven a la vuelta de sus suegros. La discusión comenzó porque ella lo sorprendió con otra mujer en la casa de ellos, afuera, conversando. Cuando los vio se enojó, después ella se fue donde su madre y él la siguió, ahí fue cuando llamaron a carabineros. Las lesiones que ella presentaba no sabe cómo se provocaron. Ella estaba dentro de la casa de su madre y él afuera. Luego de quedar detenido, al mes ella fue a verlo, dos veces por semana, en total seis veces por mes. Ella fue a hablar al tribunal para que él no estuviera preso porque lo quería. No la obligó a levantar la demanda, ella no quería que estuviera preso porque ambos se quieren y los niños lo echaban de menos. Durante este período se han comunicado a través de los hijos porque no se ha acercado a ella, lo tiene prohibido. Esta era la primera vez que su pareja lo denunciaba a carabineros. Discutían pero eran problemas de familia. Antes de caer detenido trabajaba con su padre en la feria. Si lo obligaran a alejarse de ella sería duro para él porque la quiere.

A la fiscal señaló que al momento de los hechos vivían juntos. Ella levantó la denuncia porque los hijos la extrañan y ella quiere estar con él. Indicó que es él quien proveía económicamente a la familia porque su mujer no trabaja. Cuando su pareja lo fue a visitar, ésta le comentó que había levantado la denuncia, no sabe

si fue en enero o febrero. El día de los hechos estaba bajo los efectos del alcohol y drogas. Fue como a las 15:00 ó 17:00 horas. Ella lo vio con la otra mujer fue ese mismo día que quedó detenido. El día que lo sorprendió con otra mujer su pareja estaba en la casa de su madre. No sabe cómo se produjeron las lesiones de E.

SEXTO: Que para que se configure el **delito de lesiones menos graves** en contexto de violencia intrafamiliar, contemplado en el artículo 399 del Código Penal en relación con los artículos 400 del mismo cuerpo legal y 5 de la Ley 20.066, se requiere que el sujeto activo haya herido, golpeado o maltratado de obra, entre otros, a su cónyuge, conviviente o pariente por consanguinidad o por afinidad en toda la línea recta o en la colateral hasta el tercer grado inclusive y que dicho comportamiento haya producido un resultado de menor entidad que el referido en el artículo 397 del Código Punitivo.

SÉPTIMO: Configuración de los elementos del delito de lesiones en contexto de violencia intrafamiliar:

Que la realización de una **acción** consistente en **herir, golpear o maltratar de obra** se encuentra acreditada fundamentalmente con el testimonio de quienes recibieron directamente el relato de la víctima, pues no se contó con la declaración de ésta al hacer uso de la facultad que le concede el artículo 302 del Código Procesal Penal. En ese contexto se contó con los asertos del funcionario policial **Víctor Manuel Arellano**

Díaz, 23 años, subteniente de carabineros perteneciente a la 1° comisaría de San Fernando, quien expuso que el día **8 de diciembre de 2012**, se encontraba de servicio en la 38° comisaría de Puente Alto, cubriendo el cuadrante N°150 que abarca el lado poniente de dicha comuna, cuando cerca de las 18:00 horas, por una llamado de la CENCO debió trasladarse hasta la intersección de las calles Canal La Corriente con Jardín Alto, a raíz de un procedimiento de violencia intrafamiliar. Al llegar al lugar junto a personal a su cargo, se entrevistó con la señora E quien se encontraba en la vía pública, a quien vio en evidente estado de haber sido golpeada, refiriéndole ésta que **su pareja momentos antes la había maltratado, la había amenazado de muerte con un cuchillo y además había recibido golpes de pies y puños en su cuerpo**. Subieron a la víctima al vehículo policial para realizar un patrullaje por el sector y así lograr la ubicación de la pareja, sin embargo, en esa primera instancia no la encontraron, por lo cual decidió llevar a la afectada al consultorio Silva Henríquez a constatar lesiones y en ese lugar confeccionaron la documentación para hacer la denuncia. Una vez concluida la labor, trasladaron a la víctima a su domicilio y al llegar a las inmediaciones de Canal La Corriente con Jardín Alto, ella exclamó a viva voz que ahí iba su pareja. Se bajó del vehículo y con el cabo 2° Araya, fueron a interceptar a C, quien se encontraba en la vía pública y no opuso resistencia a la detención. La gravedad de las lesio-

nes consignada por el doctor fue de menos graves.

Reconoce al acusado como la persona detenida el día de los hechos.

Señaló que la víctima le refirió que además de ser amenazada con un cuchillo fue golpeada por el imputado.

A la defensa manifestó que la ofendida evidentemente estaba golpeada, tenía contusiones en la cara principalmente en la mejilla, estaba desesperada. Cuando llegaron al lugar ella se les cruzó en la calle pidiendo auxilio, estaba sumamente desesperada. **La víctima refirió que había sido golpeada con golpes de puños y pies momentos antes**, además su pareja la había amenazado de muerte con un cuchillo. Le vio lesiones en la cara, no recuerda en qué mejilla tenía la lesión.

Que además, el relato del funcionario policial se encuentra corroborado con el mérito del **dato de atención de urgencia** incorporado mediante lectura al juicio oral, el que da cuenta que el 8 de diciembre de 2012 se atendió en el consultorio Raúl Silva Henríquez a EGLW, a las 19:35 horas, paciente que ingresa para constatar lesiones, presentando hematoma contuso en región occipital, contusiones en región nasal, equimosis por contusión muslo lateral izquierdo; contusiones, mordedura humana.

Que para determinar la **naturaleza de las lesiones** antes mencionadas, se contó con el testimonio del médico, **Juan Segundo González**

Vilos, perito de vasta experiencia, quien manifestó que examinó personalmente a la EGLW, en dependencias del Servicio Médico Legal, en enero de este año. Ella le refirió que en el mes de diciembre de 2012 fue agredida por su pareja, a raíz de lo cual debió consultar en el servicio de urgencia del Hospital Sótero del Río y en el comprobante de atención se consignó que presentaba contusiones, un hematoma contuso en la región occipital, una contusión en la región nasal, una contusión en el muslo izquierdo, además de una mordedura humana. Fue atendida más o menos un mes después de ocurridos los hechos, cuando ya no habían lesiones externamente visibles. **Concluyó que se trataba de lesiones de mediana gravedad explicables por la acción de un elemento contundente y que suelen sanar salvo complicaciones en un plazo de 18 a 20 días**, generando un tiempo de incapacidad de esa misma magnitud.

A la fiscal señaló que cuando atendió a la periciada ésta refirió agresión por parte de su pareja. Además tuvo a la vista el dato de urgencia al consultorio Cardenal Silva Henríquez.

A la defensa respondió que la víctima presentaba un hematoma contuso en región occipital, contusión en la región nasal, contusión con equimosis en el muslo izquierdo y la mordedura humana. Señaló que **el 4 de enero de 2013 atendió la víctima, quien le refirió que la agresión había sido el 8 de diciembre de 2012**. Indicó que la data de las lesiones la obtuvo sólo por la

información escrita, era la fecha que había sido atendida, por la data del dato de urgencia y lo que le refirió la víctima en la anamnesis donde se explica cómo sucedieron las cosas. Según su experiencia las lesiones podrían haber sido provocadas con un elemento contundente, tales como golpe de puño, un palo, un fierro, una piedra. La víctima no le señaló con qué elemento se provocaron esas lesiones o si se lo dijo no lo consignó. Todas las lesiones podrían haber sido ocurridas por la misma forma de producción. En cuanto a la mordedura humana no supo si hubo alguna pericia para determinar quién la provocó, además cree que no se hizo.

En base a estos antecedentes, es posible establecer que efectivamente el día 8 de diciembre de 2012, el acusado procedió a agredir a su conviviente en diferentes partes del cuerpo, resultando en este contexto coherente el relato que la ofendida dio a la policía y al médico que la examinó, con los otros medios de prueba, pues ella le señaló al funcionario policial que fue agredida con los puños y con los pies por el acusado, y ello resulta coincidente con la apreciación del perito del Servicio Médico Legal que la atendió y que consignó que las lesiones detectadas eran compatibles con el empleo de un elemento contundente

En cuanto a los testimonio del testigo y perito, no obstante no tratarse de la ofendida, a juicio de estas sentenciadoras, el mérito y carácter del interrogatorio al que fueron sometidos contribuyó a aportar certeza y

convicción suficiente respecto de su objetividad. Se trata efectivamente de testigos imparciales que contestaron con precisión todas las preguntas que se le dirigieron, dando completa y cabal razón de sus dichos, dando cuenta del relato que ambos recibieron de la víctima con un mes de diferencia cada uno, demostrando que ésta se mantuvo desde el primer momento en sus dichos, esto es que el 8 de diciembre fue agredida con golpes de pies y puños por su conviviente. Lo anterior ha dado muestras suficientes de haber sido ambos fieles a su verdadero y auténtico conocimiento de los hechos.

Que los hechos se dieron en un contexto de violencia intrafamiliar, no sólo ha sido acreditado con los dichos del testigo y perito a quienes la víctima le señaló haber sido agredida por su pareja, sino que ha quedado demostrado con la incorporación del **certificado de nacimiento** de la menor VEL, en donde se consigna que el nombre de la madre EGLW y el nombre del padre CAAE, de lo cual se desprende que víctima e imputado son padres de tres hijos en común, lo que al tener de lo establecido en el artículo 400 del Código Penal en relación al artículo 5° de la ley 20.066, agrava las lesiones menos graves para efectos de punibilidad.

OCTAVO: Configuración del delito de amenazas no condicionales.

Por otra parte, para estar frente al **delito de amenazas** se requiere que se dé a entender con actos o palabras que se quiere hacer un mal que cons-

tituya delito en contra de la persona, honra, propiedad de otro o en contra de su familia, dicha amenaza debe ser seria, esto es, sin asomo de burla o broma y debe ser verosímil, en cuanto a que el mal con que se intimida pueda efectivamente llevarse a cabo por la persona que lo invoca.

Este ilícito quedó establecido en el juicio a través de los dichos de **Rodrigo Alejandro Flores Valenzuela**, 28 años de edad, quien expuso que en su calidad de Gendarme, el día **9 de diciembre de 2012**, debió cumplir funciones a cargo del acceso del público en la sala de controles de detención en este tribunal. Mientras asumía su función de funcionario a cargo, se le acercó una señora, quien le manifestó que el imputado que estaba esperando ser detenido en los controles de detención, le estaba haciendo gestos que ella asimilaba como amenazas. A raíz de eso, puso atención y efectivamente vio que hacía gestos que podían hacer ver que la estaba amenazando de muerte. Ella al parecer se llama E pero no recuerda más, luego de refrescarle memoria con declaración prestada ante el Ministerio Público, señaló que se llamaba ELW.

Esa persona estaba esperando ser atendido en los controles de detención, estaba detenido. Ella le dijo era C.A., que era su conviviente y en ese momento venía por lesiones contra la misma persona. El presenció que el sujeto con la mano abierta mostraba un metro y después se pasaba la mano de forma horizontalmente por el cuello. **La víctima señala que lo asimilaba a que tenía un cuchillo**

en la casa y con ese la iba a matar cuando llegara a la casa. Se lo comunicó al fiscal.

A la defensa refirió que el movimiento del imputado levantando la mano a la altura de un metro, se vio influenciado con el relato que la mujer le daba porque ella le decía que en la casa él tenía un cuchillo así y que con ese la iba a matar llegando a la casa. Indicó que el tipo de gestos que vio, por sus años de experiencia en la cárcel, se le atribuye a los cuchillos largos. Señaló que cuando se refiere a que se vio influenciado por lo que la mujer le dijo es porque antes de ver el gesto con la mano, la afectada se le acercó y le señaló que el imputado la estaba amenazando y que en la casa tenía un cuchillo de ese tamaño. Puede haberse referido a los gestos.

Este testimonio tuvo la contundencia necesaria para lograr la convicción en el tribunal respecto a la ocurrencia del delito, por cuanto el testigo imparcial fue capaz de referir de manera simple la forma en que se desarrolló la acción desplegada por el acusado en el Juzgado de Garantía de esta localidad, sin que pareciera una versión interesada, por el contrario sus dichos se advirtieron veraces y en ellos no se apreció un ánimo fantasioso o motivación malintencionada dispuesta a perjudicar al imputado, dio completa y cabal razón de sus dichos y además dio prueba de un grado notable de ecuanimidad pues inclusive efectuó ciertas afirmaciones favorables para el acusado, como por ejemplo al indicar que pudo verse influenciado por lo denunciado por

la víctima, por lo que su testimonio ha sido ecuánime.

Esta amenaza resultó **seria**, si se considera que ella no se brindó en un contexto de broma, sino que cuando el acusado se encontraba en dependencias de del Juzgado de Garantía al encontrarse privado de libertad ya que el día anterior había golpeado a su pareja, y estaba a la espera que su detención fuera controlada, por lo que existía la posibilidad que [el imputado] saliera en libertad y ofuscado por la denuncia las emprendiera contra su conviviente, generando esto una situación de riesgo para la afectada; y los gestos expuestos por el testigo aluden a eso. Por una parte el ademán de indicar una altura aproximada, le fue explicado por la víctima al Gendarme al indicarle que en la casa el acusado tenía un elemento de esas dimensiones, pero si eso pudiera malinterpretarse existe un gesto inequívoco de la expresión de dar muerte para cualquier persona común y no es otro que el atravesar con el dedo índice de una mano de forma horizontal el cuello, lo que hacía significar claramente una amenaza de muerte.

A su vez la coacción resultó **verosímil** en atención a lo que había sucedido el 8 de diciembre de 2012, esto es el día anterior, CAE había golpeado a su mujer con golpes de pies y puños, quien debió pedir socorro a la policía para ser auxiliada. Es más según el relato del funcionario policial Víctor Arellano Díaz ella se encontraba evidentemente golpeada, se les cruzó en la calle pidiendo auxilio, dando cuenta el funcionario

que la ofendida se encontraba sumamente desesperada.

Además en el contexto que se vertieron las amenazas, en un Juzgado de la República, mientras estaba detenido esperando que su detención fuera controlada, no importándole ser visto por Gendarmes o eventualmente otros funcionarios públicos, lo que sumado a que el propio acusado reconoció que el día anterior, estaba bajo los efectos del alcohol y drogas, reflejaron cuán racional era el temor de ELW debido a la conducta agresiva de su conviviente cuando consume tales sustancias. De este modo, no fue necesario esperar la consumación de un peligro concreto a la integridad física de la mujer, para entender que sus amenazas eran serias y verosímiles.

NOVENO: Que así las cosas, apreciada la prueba libremente de conformidad a lo estatuido en el artículo 297 del Código Procesal Penal, pero sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, ésta permiten dar por establecido, más allá de toda duda razonable, los siguientes hechos:

HECHO N°1:

Que el día 08 de diciembre de 2012, en horas de la tarde, en el domicilio ubicado en las cercanías de los pasajes... de la comuna de ..., **CAAE**, agredió con golpes de pies y puños a su conviviente y madre de sus hijos, **EGLW**, resultando ésta con lesiones de carácter menos graves consistentes en hematoma contuso en región occipital, contusión en región

nasal, equimosis por contusión de muslo lateral izquierdo y mordedura humana.

HECHO N°2:

El día 09 de diciembre de 2012, **CAAE**, en la sala de controles de audiencia del Tribunal de Garantía de Puente Alto, amenazó a su conviviente y madre de sus hijos, EGLW, con gestos que daban a entender que le cortaría el cuello, hecho que fue constatado por el Gendarme custodio.

DÉCIMO: Que a juicio del tribunal, el hecho descrito en el número 1, es constitutivo de un delito consumado de **lesiones menos graves**, previsto y sancionado en el artículo 399 del Código Penal, en relación con los artículos 400 del mismo cuerpo legal y artículo 5° de la Ley 20.066.

Mientras que el hecho descrito en el número 2, constituye un delito de **amenazas no condicionales** del artículo 296 N°3 del Código Penal cometido en grado de desarrollo consumado, por cuanto se estableció que el acusado amenazó con herir a EGLW, lo que develó su intención de causar un mal constitutivo de delito y que, por cierto, resultó seria y verosímil.

UNDÉCIMO: Que la **participación** del acusado **CAAE** en calidad de autor directo de los delitos que nos ocupa se acreditó en primer término con la declaración del subteniente de carabineros Víctor Manuel Arellano Díaz, quien señaló que el día 8 de diciembre de 2012, debió

concurrir al llamado de auxilio efectuado por EGLW quien le refirió que había sido agredida por su conviviente, circunstancia que fue visible para el funcionario policial y corroborada posteriormente con el dato de atención de urgencia. Logrando detener en la vía pública a AE, luego de ser sindicado por la víctima como su agresor.

Del mismo modo, el perito del Servicio Médico Legal, doctor Juan González Vilos quien en la anamnesis practicada a la víctima al ser examinada, ésta le refirió haber sido agredida por su pareja en el mes de diciembre de 2012.

Asimismo, con el testimonio del Gendarme Rodrigo Flores Valenzuela, quien en circunstancias que se encontraba custodiando la sala de controles de detención del Juzgado de Garantía de Puente Alto, recibió directamente la denuncia por amenazas por parte de EGLW, y aun más corroboró lo denunciado por ésta al ver los gestos que hacía CAE.

Que, con los elementos de juicio pormenorizados precedentemente, este tribunal se ha convencido, más allá de toda duda razonable, de la participación que en calidad de autor le cupo al acusado CAAE, en los términos del artículo 15 N°1 del Código Penal, toda vez que tomó parte en la ejecución de los hechos de una manera inmediata y directa, en ambos delitos.

No fue óbice para llegar a la conclusión antes señalada el no contar con el testimonio de la denunciante EGLW, pues su relato fue recogido

por diversos testigos quienes dieron cuenta no sólo de la agresión que sufrió por parte de su conviviente, sino que además el temor que le provocó las amenazas que aun estando privado de libertad le profería. Es más dicha imputación la mantuvo en el tiempo, pues fue examinada por el perito del Servicio Médico Legal un mes después de ocurridos los hechos manteniendo incólume su relato y sosteniendo la imputación hecha a AE. Por tanto reviste cierto grado de plausibilidad lo expuesto por la Fiscal al dar cuenta de una suerte de retractación de la víctima motivada por la presión efectuada por sus hijos y él no contar con recursos para la manutención de la familia, lo que si bien no se puede demostrar fehacientemente al no prestar la afectada declaración, fue corroborado por el propio acusado quien afirmó ser el sostenedor de la familia, añadiendo que su pareja no trabajaba.

Por todo lo anterior, se desestimarán los argumentos de la defensa que ha requerido la absolución del acusado en lo que respecta a ambos delitos, basándose en que ambas denuncias fueron motivados por la obnubilación debido a los celos que sufrió la víctima al ser víctima de una infidelidad, pues como ya se refirió se contó con el relato de testigos imparciales quienes desde diversos puntos de vista y en momentos distintos recogieron el relato de la afectada y más aun, fueron testigos de hechos objetivos, las lesiones visibles en su cuerpo y las amenazas sufridas en una audiencia pública. Y en cuanto a la alegación de que la data y la forma de producción de las lesiones no

están claras, la época de las lesiones tiene respaldo no sólo en el relato efectuado por la víctima el mismo día de los hechos, sino que además están corroboradas por el dato de atención de urgencia emanado del consultorio Silva Henríquez, al que la víctima fue llevada por carabineros, y en el cual fue constatada entre otras lesiones una mordedura humana. Documento que fue debidamente incorporado por el órgano acusador. En lo que respecta a la forma de producción quedó corroborado el relato de la víctima que fueran hechas por medio de golpes de puño y pies por el acusado, lo que efectivamente resulta asimilable a un elemento contundente y en este sentido, se trata de elementos idóneos y aptos para provocar las lesiones que fueron constatadas.

DUODÉCIMO: Que, durante la audiencia contemplada en el artículo 343 del Código Procesal Penal, el Ministerio Público incorporó el **extracto de filiación y antecedentes**, emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación de Chile, de fecha 23 de febrero de 2010, del que se desprende que el acusado CAAE registra como anotaciones las siguientes: en causa RUC N°500.058.924-3, RIT N°312/2005 del Juzgado de Garantía de San Antonio, en donde fue condenado por resolución de fecha 28 de junio de 2005, como autor de robo con fuerza en lugar no habitado, en grado de frustrado, a una multa de una unidad tributaria mensual; causa RUC N°500.058.994-4, RIT N°314/2005 del Juzgado de Garantía de San Antonio, donde consta

que por resolución de fecha 30 de agosto de 2005, fue condenado a 3 años y 1 día de presidio menor en su grado máximo, como autor de delito consumado de robo con intimidación; causa RUC N°900.538.377-0, RIT N°7.280/2009 del Juzgado de Garantía de Puente Alto, donde por resolución de fecha 18 de febrero de 2011 fue condenado a 41 días de prisión en su grado máximo, más multa de un quinto de unidad tributaria mensual como autor de hurto simple frustrado. Indicó que mantiene su pretensión punitiva.

Por su parte la Defensa solicitó que a su representado se le conceda la circunstancia atenuante del artículo 11 N°9 del Código Penal, al dar cuenta su representado de los hechos y la participación en los mismos. Así las cosas, respecto del delito de lesiones menos graves solicita que se le imponga la pena alternativa de multa en el mínimo y que se dé aplicación a lo establecido en el artículo 49 del Código Penal y con ello se dé la pena por cumplida. En cuanto al delito de amenazas estima que debe aplicarse en el mínimo legal y que se tenga por cumplida.

Concluye su alegación solicitando se exima a su defendido del pago de las costas de la causa.

DÉCIMO TERCERO: Que, concordando con el parecer del Ministerio Público, estas sentenciadoras estiman que no beneficia al acusado CAAE, la circunstancia atenuante de responsabilidad contemplada en el artículo 11 N°9 del Código Penal, esto es, haber colaborado sustan-

cialmente al esclarecimiento de los hechos, por lo que se rechaza la solicitud de la defensa en ese sentido, considerando para ello que con el mérito de la prueba de cargo analizada precedentemente se estableció la existencia de los delitos materia de la acusación y la participación que, en calidad de autor le cupo a A.E. en los referidos ilícitos. La declaración de éste en el curso de la audiencia de juicio oral versó sobre una teoría alternativa que no se compadeció con la prueba rendida en juicio, debido a que declaró en forma acomodaticia a sus intereses, intentado así exonerarse de su responsabilidad no siendo en ningún caso su testimonio sustancial al esclarecimiento de los hechos, sino muy por el contrario tuvo por propósito tergiversar los hechos y su real intervención en ellos.

DÉCIMO CUARTO: Que la pena asignada al delito de lesiones menos graves es la de presidio menor en su grado mínimo, la que se deberá elevar en un grado, atendido lo dispuesto en el artículo 400 del Código de castigos, por cuanto no se controvirtió y el propio acusado reconoció ser el padre de tres hijos de la ofendida, de manera tal se encuentra dentro de una de la hipótesis del artículo 5 de la ley sobre violencia intrafamiliar. Y al no existir otras circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que analizar, el tribunal podrá recorrer toda la extensión de la pena, la que se aplicará en su parte más baja, atendido el tiempo de incapacidad. Resultando improcedente dar lugar a la petición de la defensa en orden a aplicar una

pena de multa, pues como se indicó, el hecho de ser convivientes o tener hijos en común agrava la sanción para efectos de punibilidad en conformidad a la norma antes citada.

Respecto de delito de amenazas no condicionales, la penalidad es la de presidio menor en su grado mínimo, no concurriendo circunstancias modificatorias, los sentenciadores pueden recorrer toda la extensión de la sanción, la que se aplicará en su mínimo considerando el desarrollo de la ésta ilicitud.

DÉCIMO QUINTO: Sin perjuicio de las sanciones generales que corresponde imponer al acusado por los delitos de los que resultó responsable, también se le castigara con alguna de las medidas del artículo 16 de la ley 20.066, esto es, la accesoria especial de la letra b) del artículo 9 de dicha ley, pues se comprobó que los delitos sufridos por la víctima, por parte del acusado, constituyeron actos de violencia intrafamiliar, que se encuadraron dentro del concepto que entrega el artículo 5° del citado texto legal, en cuanto se trató de un atentado que naturalmente afectó la integridad física y psíquica de la denunciante, al ser agredida con golpes de pies y puños, además de ser amenazada por su conviviente y padre de sus hijos, calidad o relación que se encuentra claramente protegida por dicha norma.

Por su parte, el plazo de duración de esta medida accesoria se fijará en el máximo que establece la ley, esto es dos años, en atención a que fue más

de un hecho de violencia intrafamiliar el constatado.

DÉCIMO SEXTO: Que el sentenciado será eximido del pago de las costas de la causa, considerando para ello la presunción legal de pobreza que le favorece, por el hecho de encontrarse patrocinado por la Defensoría Penal Pública.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1, 14 N°1, 15 N°1, 24, 26, 30, 50, 67, 296 N°3, 399 y 400 del Código Penal; 47, 295, 296, 297, 340, 342, 344, 347 y 348 del Código Procesal Penal; 5, 9 y 16 de la ley 20.066; y 600 del Código Orgánico de Tribunales, **SE DECLARA:**

I.- Que se condena a CAAE, ya individualizado, a la pena de QUI- NIENTOS CUARENTA Y UN DÍAS de presidio menor en su grado medio, a las accesorias de suspensión de cargo y oficio público por el tiempo de la condena, como autor del delito consumado de lesiones menos graves en contexto de violencia intrafamiliar, inferidas a su conviviente EGLW, el día 8 de diciembre de 2012, en la comuna de Puente Alto.

II.- Que se condena a CAAE, ya individualizado, a sufrir una pena de SESENTA Y UN DÍAS de presidio menor en su grado mínimo, más las accesorias de suspensión de cargo u oficio público durante el tiempo de la condena, como autor del delito de amenazas no condicionales, proferidas a su conviviente EGLW, en grado de consumado, ocurrida el

día 9 de diciembre de 2012, en esta comuna.

Que por no reunir los requisitos legales establecidos en la ley 18.216, según se desprende del extracto de filiación y antecedentes del sentenciado, éste deberá cumplir efectivamente la pena corporal impuesta, sirviéndole de abono todo el tiempo que ha permanecido privado de libertad por esta causa y que comprende el período de tiempo que va desde el 8 de diciembre de 2012 hasta el día 12 de junio de 2013, ambas fechas inclusive, y el que va ininterrumpidamente desde el 17 de julio de 2013, fecha en la cual se decretó la medida cautelar de prisión preventiva por este tribunal.

III.- También se **condena** a **CAAE** a la medida accesoria establecida en la letra b) del artículo 9 de la ley 20.066, consistente en la prohibición de acercarse a la víctima, o a su domicilio, lugar de trabajo o de estudio, así como a cualquier otro lugar al que ésta concurra o visite habitualmente, por el lapso de **DOS AÑOS**, que se contará desde de la fecha de comunicación de este fallo, para evitar la solución de continuidad.

IV.- Que se exime al sentenciado del pago de las costas de la causa.

Devuélvanse, en su oportunidad, al Ministerio Público los documentos incorporados en la audiencia de Juicio Oral.

Ejecutoriada que sea la presente sentencia, dése cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 468 del Código Procesal Penal.

Regístrese y archívese.

Redactó la sentencia la Magistrado doña Gloria Isabel Canales Abarca.

R. U. C. N°1201220453-K

R. I. T. N°48-2013

PRONUNCIADA POR LA SALA DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL EN LO PENAL DE PUENTE ALTO, INTEGRADA POR DOÑA GLADYS CAMILA VILLABLANCA MORALES, EN CALIDAD DE JUEZ PRESIDENTE; DOÑA GLORIA ISABEL CANALES ABARCA, COMO JUEZ REDACTOR Y DOÑA CECILIA FLORES SANHUEZA. Se deja constancia que no firma la presente sentencia la magistrado Villablanca Morales por encontrarse en comisión de servicio y la magistrado Flores Sanhueza por encontrarse ejerciendo sus funciones en su Tribunal de origen.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN LAVADO DE DINERO,
DELITOS ECONÓMICOS,
MEDIOAMBIENTALES
Y CRIMEN ORGANIZADO

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE MIGRANTES

Antonio Segovia Arancibia¹

I. Introducción

El delito de tráfico ilícito de migrantes fue introducido en la legislación chilena a través de la Ley N°20.507, que “*tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal*”, publicada en el Diario Oficial con fecha 8 de abril de 2011. Su inclusión, en el artículo 411 *bis* del Código Penal, culminó un largo proceso legislativo² cuya finalidad era abordar de manera integral³, y conforme a lo dispuesto en tratados y convenciones internacionales suscritos

- 1 Abogado de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 El proyecto de ley fue presentado el 5 de enero del año 2005 por moción de los Diputados Jorge Burgos Varela, Juan Bustos Ramírez, Guillermo Ceroni Fuentes, José Antonio Galilea Vidaurre, María Eugenia Mella Gajardo, Adriana Muñoz D’Albora, Alejandro Navarro Brain, Osvaldo Palma Flores, Jaime Quintana Leal y María Antonieta Saa Díaz (Boletín N°3778-18), en: Historia de la Ley N°20.507. Tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. Biblioteca del Congreso Nacional [en línea]. Disponible en: http://www.leychile.cl/Consulta/portada_hl?anio=2011 [fecha consulta 7 de octubre 2013].
- 3 Historia de la Ley, ob. cit., p. 17. En efecto, junto tipificar el delito de tráfico ilícito de migrantes, la Ley N°20.507 realizó otras modificaciones relevantes: deroga el artículo 367 *bis* del Código Penal –antigua figura de *trata de personas*– y tipifica los delitos de promoción o facilitación de la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución (art. 411 *ter*) trata de personas (art. 411 *quáter*) y asociación ilícita para cometer alguno de los delitos de dicho párrafo (art. 411 *quinquies*). Además incorpora algunas normas especiales en materia de investigación y juzgamiento, como la atenuante de cooperación eficaz (art. 411 *sexies*), el valor de las sentencias firmes dictadas en un Estado extranjero para efectos de determinación de la agravante de reincidencia (art. 411 *septies*) y técnicas especiales de investigación como el agente encubierto y la interceptación de comunicaciones (art. 411 *octies*), junto a otras normas, como el nuevo artículo 89 *bis* del Código Penal, relativo al cumplimiento de condenas privativas de libertad en el país de nacionalidad. Por último, introduce modificaciones en el Código Procesal Penal, en lo relativo a la protección de víctimas del delito de trata y personas objeto del tráfico, en los Decretos Ley N°1094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, N°2460, de 1979, Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones de Chile y N°321, de 1925, que Establece la Libertad Condicional para los Penados, y en las Leyes N°18.050, que fija normas generales para conceder indultos particulares y N°19.913, que crea la Unidad de Análisis Financiero y modifica diversas disposiciones en materia de lavado y blanqueo de activos (se incorporan estos delitos al catálogo de delitos base o precedentes contenido en el artículo 27).

y ratificados por Chile, los *fenómenos* del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas.

El tipo *básico* de tráfico ilícito de migrantes, contenido en el inciso primero del artículo 411 *bis*, sanciona a quien facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente con ánimo de lucro. Dicha descripción legal se corresponde en esencia con la definición de “tráfico ilícito de migrantes” establecida en el artículo 3° letra a) del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (o “Convención de Palermo”), suscrita en Palermo, Italia, en diciembre del año 2000. Tales instrumentos internacionales, junto al Protocolo Complementario para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, fueron ratificados por Chile en noviembre del año 2004 y promulgados mediante Decreto Supremo N°342 del año 2004, publicados en el Diario Oficial el 16 de febrero de 2005. La Convención y sus Protocolos Complementarios sirvieron de fundamento y fuente directa de la Ley N°20.507⁴, en la medida que imponían a nuestro país, como signatario o parte de los mismos, obligaciones concretas de adecuación legislativa⁵. En el caso del delito de tráfico ilícito de migrantes, éstas se encuentran contenidas en el artículo 6.1 del Protocolo Complementario correspondiente (en adelante, “Protocolo”)⁶.

La descripción legal del tipo *básico* de tráfico ilícito de migrantes, en los términos señalados, presenta algunas características que han producido más de alguna dificultad interpretativa. Un aspecto central que ha sido objeto de debate se relaciona con la individualización del bien jurídico protegido por

-
- 4 El cumplimiento de obligaciones contraídas por el Estado de Chile al suscribir determinados convenios u otros instrumentos internacionales fue expresamente señalado como uno de los fundamentos principales de la iniciativa legal, tal como declararon los autores de la Moción Parlamentaria, vid. Historia de la Ley, ob. cit., págs. 7-13, y fue reiterado en incontables ocasiones durante la tramitación legislativa, según da cuenta CÁRDENAS ARAVENA, Claudia. “*El delito de tráfico de migrantes, con especial referencia a la legislación chilena*”. En: Congreso Internacional. Homenaje al centenario de la Escuela de Derecho de Valparaíso, Tomo IV, 2011 p. 444.
- 5 Sobre las obligaciones de incriminación contenidas en convenios internacionales como parte del denominado derecho penal *transnacional*, vid. CÁRDENAS, ob. cit. p. 436; CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. “La trata de personas en la normativa internacional y su regulación en Chile”, en: VAN WEEZEL, Alex (ed.). *Humanizar y Renovar el Derecho Penal: Estudios en Memoria de Enrique Cury*. 1ª ed., Santiago, Chile. Editorial Legal Law Publishing/ Thomson Reuters, 2013; MATUS ACUÑA, Jean Pierre. “La Política Criminal de los Tratados Internacionales”. En: *Revista de Derecho Penal Contemporáneo* N°19, Bogotá, Colombia, Legis, 2007; BOISTER, Neil. *Transnational Criminal Law?* En: *European Journal of International Law* Vol. 14 N°5, págs. 953-976 [en línea]. Disponible en: <http://www.ejil.org/pdfs/14/5/453.pdf> [fecha de consulta 9 de octubre de 2013].
- 6 En el mismo sentido, CÁRDENAS, ob. cit. p. 442.

el tipo penal. Así, mientras algunos lo identifican con intereses del individuo *traficado*, como por ejemplo su dignidad o integridad moral, otros lo delimitan en el ámbito de intereses estatales, como la política migratoria del Estado. Otro aspecto, vinculado al anterior, se encuentra en la relación entre el delito de tráfico ilícito de migrantes, el delito de trata de personas y los delitos y otras disposiciones de carácter administrativo contenidas en el Decreto Ley N°1094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, en tanto tipifican ilícitos administrativos y penales que sancionan conductas cercanas o relacionadas a la operatoria de *tráfico*. Por último, existen algunos elementos del tipo cuyos alcances precisos han sido discutidos. Nos referimos en particular al elemento normativo del tipo *entrada ilegal*.

En este contexto, el presente artículo se propone efectuar un somero análisis de los temas enunciados más arriba a la luz de la normativa vigente, teniendo en especial consideración algunas de las normas del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, por ejemplo el artículo 3°, que contiene definiciones de “tráfico ilícito de migrantes”, “entrada ilegal” y otros elementos que forman parte del tipo penal chileno, y el artículo 6°, que describe los ámbitos de penalización de conductas que cada Estado parte debe incluir en sus respectivos ordenamientos domésticos. Tales disposiciones, en tanto inspiración y fuente de la redacción final del artículo 411 *bis*, podrían servir para dar luces sobre su alcance, objeto de protección y contenido. Asimismo, se incorporarán en el análisis los criterios entregados por nuestros tribunales. En efecto, desde la publicación de la Ley N°20.507 se han dictado en nuestro país 7 sentencias definitivas, todas condenatorias, que se han referido, en mayor o menor medida, a las temáticas que se pretende abordar. La jurisprudencia de nuestros tribunales, si bien escasa, ha permitido conocer la forma en que los jueces han interpretado el tipo penal, incluido por cierto el elemento *entrada ilegal*, y cómo han individualizado el bien jurídico protegido por el tipo penal.

II. El delito de tráfico ilícito de migrantes en Chile

Como se apuntó, el delito de tráfico ilícito de migrantes está descrito y sancionado en el artículo 411 *bis* del Código Penal, que a su vez se contiene en párrafo 5 *bis* del Título VIII del Libro II del Código Penal, también introducido por la Ley N°20.507 y titulado “*De los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas*”. La norma en cuestión dispone:

“Artículo 411 bis.- Tráfico de migrantes. El que con ánimo de lucro facilite o promueva la entrada ilegal al país de una persona que no sea nacional o residente, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.

La pena señalada en el inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado.

Si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

Las mismas penas de los incisos anteriores, junto con la de inhabilitación absoluta temporal para cargos u oficios públicos en su grado máximo, se impondrá si el hecho fuere ejecutado, aun sin ánimo de lucro, por un funcionario público en el desempeño de su cargo o abusando de él. Para estos efectos se estará a lo dispuesto en el artículo 260°.

1. Tráfico ilícito de migrantes y trata de personas

Una primera cuestión que analizaremos someramente son las diferencias y relaciones entre el delito de tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas. En efecto, si bien se trata de delitos –o *fenómenos criminales*– que suelen ir juntos, presentan requisitos y elementos que los distinguen claramente.

Tanto en los Protocolos Complementarios de la Convención de Palermo, el de trata de personas y el de tráfico ilícito de migrantes⁷, como en nuestra legislación vigente, es posible identificar las diferencias entre ambos delitos. En esencia, mientras el tráfico ilícito de migrantes se vincula con el traslado *internacional* de personas para su ingreso ilegal a los países de recibo con ánimo de lucro, en la trata de personas se sanciona la captación, traslado (internacional o interno), acogida o recepción de víctimas, mediante violencia, engaño, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad de éstas, entre otros medios comisivos, con una finalidad específica que se identifica con la *explotación* de las víctimas en términos amplios, que incluye la explotación sexual y la *laboral* (trabajos o servicios forzados, servidumbre, esclavitud o prácticas análogas) y extracción de órganos⁸.

7 NACIONES UNIDAS. *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Nueva York, Naciones Unidas, 2004, p. 345. En el mismo sentido, vid., OIM; UNICEF; Cooperazione Italiana. *Trata de personas y tráfico ilícito de migrantes en México y América Central*. Guía normativa. UNICEF, 2007, p. 9. [en línea]. Disponible en: [http://www.unicef.org/lac/Guia_trataFINAL\(3\).pdf](http://www.unicef.org/lac/Guia_trataFINAL(3).pdf) [fecha de consulta: 9 de octubre].

8 CARNEVALI, ob. cit., págs. 892-4. También CÁRDENAS, ob. cit. págs. 437-8. Ambos hacen referencia a la terminología en inglés de estos delitos y cómo ello puede facilitar la confusión, en tanto la trata de personas es denominada *trafficking in persons* (cuya traducción literal es *tráfico de personas*) y tráfico de migrantes como *smuggling of migrants* (que puede traducirse como *contrabando de migrantes*). Al respecto, pueden verse los Protocolos Complementarios en su versión en inglés en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCbook-e.pdf>. Refiriéndose a las dificultades que presentaba la terminología de *trata* y *tráfico* en inglés para las delegaciones de habla no inglesa en el proceso de elaboración de los Protocolos, GERONIMI, Eduardo. Aspectos jurídicos del tráfico y la trata de trabajadores migrantes. Documento de Antecedentes preparado para la Conferencia sobre Migración Internacional: Derechos Humanos y Trata de Personas en las Américas

En efecto, el artículo 3° del Protocolo Complementario para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, define la trata de personas como la “(...) *captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos*”. Por su parte, el artículo 3° letra a) del Protocolo Complementario contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, define el tráfico ilícito de migrantes como “(...) *la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material*”.

En la ley chilena, si bien en el proyecto original presentado por los Diputados, los conceptos de trata de personas y tráfico de migrantes venían redactados de forma que se confundían y no se los podía diferenciar con claridad⁹, muy pronto durante el proceso legislativo se los distinguió conceptualmente en los siguientes términos: “*El tráfico es un delito contra el Estado, una violación a las leyes migratorias. La trata por su parte, es un delito contra las personas, quienes son víctimas de la explotación y su libertad se ve limitada. Las víctimas de trata se movilizan tanto dentro como fuera del país, pero no siempre entrando a otro Estado de manera ilegal. En cambio, el tráfico de migrantes implica necesariamente un cruce de fronteras de manera ilícita. Las víctimas de trata no han consentido en su explotación o su consentimiento se encuentra viciado. En el tráfico en cambio hay una operación comercial voluntaria*”¹⁰.

La redacción actual de los artículos 411 *bis* –tráfico de migrantes– y 411 *quáter* –trata de personas– del Código Penal, dan cuenta justamente de las

(Santiago de Chile, 20-22 de noviembre de 2002) [en línea]. Programa de Migraciones Internacionales, Organización Internacional del Trabajo (OIT), p. 8. Disponible en: <http://www.catedradh.unesco.unam.mx/BibliotecaV2/Documentos/Trata/Libros/aspectos%20trafictrata.pdf> [fecha de consulta 8 de octubre de 2013].

9 En el artículo 1° del proyecto original se castigaba, a título de *promoción del tráfico de personas*, a quien promoviera, facilitare o favoreciere la entrada o salida del país de personas para ejercer la prostitución o para mantenerlas en servidumbre sexual o laboral. Por su parte, en el artículo 2°, titulado “*Delito de trata de personas*”, castigaba a las personas que individual o asociativamente se dedicaran a la captación, transporte, traslado, acogida o recepción de personas, con fines de explotación sexual, recurriendo a ciertos medios como la amenaza, el ejercicio del secuestro, fuerza, engaño o coacción. Historia de la Ley 20.507, ob. cit., p. 18.

10 Historia de la Ley 20.507, ob. cit. p. 46.

diferencias apuntadas en tanto, como se ha señalado, vienen redactados prácticamente en los mismos términos contenidos en los Protocolos Complementarios de la Convención de Palermo¹¹. Así, en la trata de personas, a diferencia de lo que ocurre en el tráfico ilícito de migrantes, siempre existirá una lesión o puesta en peligro a bienes jurídicos personalísimos, en tanto las víctimas son objeto de la acción del tratante por medio de violencia, engaño, coerción, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad, etc. con la finalidad de que sean *explotadas* sexualmente, u objeto de trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos. El traficante, por su parte, limita su acción a promover o facilitar el ingreso al país de forma ilegal, sin una ulterior finalidad de explotación, aunque sí con la intención de lucrar con su actividad. Las diferencias apuntadas permitirían sostener que existe entre ambas figuras una *auténtica* relación concursal, que deberá resolverse según las reglas generales. En este sentido, algunos han señalado que, siempre que el sujeto pasivo sea un inmigrante ilegal, podría existir un concurso ideal entre ambos delitos¹². En España, por otra parte, el tema fue expresamente resuelto en el artículo 177 *bis* apartado 9 del Código Penal, que contiene una regla de concurso real o material entre el delito de trata de personas y tráfico de migrantes¹³.

El delito descrito y sancionado en el artículo 411 *ter* se encuentra en una posición más incómoda, desde que no se corresponde, conceptualmente, ni con el

11 Así, el artículo 411 *quáter* del Código Penal dispone: “*El que mediante violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, traslade, acoja o reciba personas para que sean objeto de alguna forma de explotación sexual, incluyendo la pornografía, trabajos o servicios forzados, servidumbre o esclavitud o prácticas análogas a ésta, o extracción de órganos, será castigado con la pena de reclusión mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales.*”

Si la víctima fuere menor de edad, aun cuando no concurriere violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o de dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, se impondrán las penas de reclusión mayor en su grado medio y multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales. El que promueva, facilite o financie la ejecución de las conductas descritas en este artículo será sancionado como autor del delito”.

12 GONZÁLEZ NUÑEZ, Josefina. “Tráfico ilícito de inmigrantes y otros ilícitos migratorios.” [en línea]. En: Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2008, p. 27. Disponible en: <http://www.ciidpe.com.ar/area2/Delitos%20migratorios.%20Gonzalez%20Nunez.pdf> [fecha de consulta: 9 de octubre de 2013].

13 En los siguientes términos: “(…) *en todo caso las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación”.*

delito de tráfico ilícito de migrantes ni con el de trata de personas¹⁴. Comparte con el tráfico los verbos rectores –promover y facilitar– y la *transnacionalidad* del traslado –tiene que haber cruce de fronteras–, pero a diferencia de éste castiga también la salida del país, no exige que la entrada al país sea *ilegal* ni tampoco la presencia de ánimo de lucro en el autor. Por último, requiere que la conducta se realice con una finalidad específica: ejercer la prostitución en el territorio nacional o extranjero. Con el delito de trata de personas comparte el hecho de que se exija una finalidad especial en el autor y también los verbos rectores –la *promoción y facilitación* se mencionan expresamente en el inciso final del artículo 411 *quáter*–, pero no requiere que se acompañe de algún medio comisivo –violencia, engaño, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia, etc. – ni sanciona expresamente la captación, acogida o recepción de la víctimas de explotación. Por otra parte, la finalidad difiere sustancialmente en uno y otro delito. De esta manera, habrá que evaluar la relación concursal entre este delito y el de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas según el caso, en la medida en que podría relacionarse con uno o con ambos según el presupuesto fáctico subyacente.

2. Bien jurídico protegido

La individualización del objeto de protección del delito de tráfico ilícito de migrantes ha sido un tema ampliamente debatido. En España, por ejemplo, puede observarse que existen, en general, dos grandes corrientes de opinión: por un lado se encuentran aquellos que lo identifican con un interés vinculado al sujeto *traficado*, de corte más individual, como la dignidad del migrante o su derecho a alcanzar la plena integración social; y por otro aquellos que lo sitúan dentro de la categoría de bienes colectivos, como la política migratoria del Estado o la protección de flujos migratorios¹⁵.

El debate, en España, se produce en el contexto de una regulación legal que, si bien similar a la nuestra, tiene diferencias que influyen decisivamente en el mismo. En efecto, el Código Penal español sanciona el delito de tráfico ilícito de migrantes en el artículo 318 *bis*, que se ubica en el Título XV *bis* del Libro II del Código Penal titulado *De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. En su numeral primero castiga al que “(...) *directa o indirecta-*

14 El artículo 411 *ter* se corresponde casi exactamente con el derogado artículo 367 *bis*, y se encuentra redactado en los siguientes términos: “*El que promoviére o facilitare la entrada o salida del país de personas para que ejerzan la prostitución en el territorio nacional o en el extranjero, será castigado con la pena de reclusión menor de su grado máximo y multa de veinte unidades tributarias mensuales*”.

15 VILLACAMPA ESTIARTE, Carolina. “Consideraciones acerca de la reciente modificación del delito de tráfico de personas” [en línea]. En: Revista Penal N°14, La Ley, España. Disponible en: <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/view/223/214> [fecha de consulta 7 de octubre de 2013].

mente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea...”. Luego, en su numeral 2 contiene una figura agravada por haberse incurrido en las conductas descritas “(...) con ánimo de lucro o empleando violencia, intimidación, engaño, o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o poniendo en peligro la vida, la salud o la integridad de las personas...”. Por último, conviene tener presente que en el artículo 54.1 b) de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se sanciona como infracción administrativa, “(...) inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito”.

De esta manera, los autores que se han dedicado al análisis e interpretación de este tipo penal, se ven enfrentados a una figura que en su conformación básica ; exige menos elementos que la infracción administrativa relativa a la promoción o inducción de la inmigración ilegal, que en el ámbito por regla general menos gravoso para el imputado del derecho administrativo sancionador, requiere la concurrencia de una *organización* en la realización de la conducta, y ánimo de lucro.

Quizás por lo anterior, quienes propugnan en España que el bien jurídico protegido es uno *individual*, que se concretiza en intereses y derechos de los propios migrantes *traficados*, parten en general su análisis señalando que por la vía de este reconocimiento se evitaría una interpretación *formalizadora* del bien jurídico protegido, que conlleve a identificar el delito como una mera infracción administrativa elevada a la categoría de delito, vulnerando con ello principios tales como el de lesividad y *ultima ratio*. En otros términos, para estos autores, la individualización del bien jurídico protegido en la esfera de los intereses y derechos de los migrantes, permitiría sostener que la sanción punitiva se justifica en la protección de un objeto más *relevante* que aquel que funda la sanción que se impone en el plano administrativo sancionador, que identifican como la política migratoria del Estado. Así, por ejemplo, se ha señalado: “(...) Con ello se pretendía evitar la infracción del principio de *ultima ratio* que podría suponer la incriminación de una conducta contra un indicador macroeconómico, cual la defensa de las directrices de política de control de flujos migratorios fijada por el Estado español en coordinación con el resto de países de la Unión, pues se consideraba suficiente para la tutela de dicho interés colectivo el recurso al Derecho administrativo sancionador (...)”¹⁶.

Dentro de las propuestas sobre el objeto concreto de protección por el delito, se encuentran aquellas que lo demarcan en la idea de dignidad del sujeto traficado y su integridad moral, por la degradación a la que se sometería al

16 VILLACAMPA, ob. cit. págs. 186-7.

extranjero cuando se convierte en objeto de tráfico¹⁷; en la protección del derecho de todo inmigrante de alcanzar la plena integración social, desde que los extranjeros traficados se verían privados de la posibilidad de integrarse normalmente en la sociedad, y de disfrutar y ejercer los derechos y libertades garantizados por la Constitución¹⁸; la protección del estatus jurídico del extranjero, es decir, los derechos y libertades reconocidos al extranjero en el ordenamiento jurídico¹⁹; o la protección de los derechos sociales o políticos de los migrantes, esto es, aquellos cuya titularidad ostentan los nacionales – españoles – pero que pueden también ser titulares los extranjeros siempre que exista previsión legislativa en ese sentido²⁰, entre otros. Además se ha argumentado, desde una perspectiva *sistemática*, que la ubicación en el Código Penal de este delito, bajo un título denominado *De los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, permitiría sostener que el interés tutelado se compone literalmente por los derechos de los extranjeros²¹.

Las consecuencias de esta postura se traducirían en una interpretación del término “tráfico” de una forma tal que limite su alcance a aquellos supuestos que supusieran el aprovechamiento de la “(...) *situación de necesidad intrínseca en la que se hallan los nacionales de países subdesarrollados (...)*” o la “(...) *conurrencia de una finalidad económica junto a la introducción de inmigrantes a España*”²². Por esta vía, se podrían diferenciar los conceptos de “tráfico ilícito de migrantes” e “inmigración ilegal o clandestina”, en el sentido que el “tráfico” sería constitutivo de delito y la “inmigración ilegal o clandestina” de una infracción administrativa. Sin embargo, en la actual regulación, se ha reconocido que dichos conceptos serían sinónimos e intercambiables, en tanto

17 Entre otros, Villacampa, y DE LEÓN VILLALBA Francisco Javier. *Tráfico de personas e inmigración ilegal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, citado por VILLACAMPA, ob. cit., p. 187.

18 SERRANO PIEDECASAS, J. “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”. En: LAURENZO COPELLO (coord.). *Inmigración y derecho penal, bases para un debate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, citado por VILLACAMPA, ob. cit., p. 187.

19 RODRÍGUEZ MESA. *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*. Citado por VILLACAMPA, ob. cit. p. 187.

20 NAVARRO CARDOSO. *Observaciones sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros*, citado por VILLACAMPA, ob. cit., p. 187.

21 Parte de esta premisa para luego analizar si efectivamente la norma protege los derechos de los extranjeros, MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal, parte especial*. Decimoquinta edición, revisada y puesta al día. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, p. 356.

22 VILLACAMPA, ob. cit., p. 189. Sobre la exigencia de una “finalidad económica”, SÁNCHEZ LÁZARO, Guanarteme. “El nuevo delito de tráfico ilegal de personas”. En: LAURENZO COPELLO (coord.). *Inmigración y derecho penal, bases para un debate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, citado por VILLACAMPA, ob. cit., p. 189.

ambos se contienen en la descripción de la conducta prohibida en el artículo 318 *bis*²³.

El Tribunal Supremo Español (TSE), por su parte, ha entendido que el tipo *básico* del artículo 318 *bis* protege esencialmente el derecho del Estado al control de los flujos migratorios y la defensa de la indemnidad de sus fronteras²⁴. Sin embargo, en un intento de evitar una aplicación mecánica o formalista del delito, ha agregado que el bien jurídico protegido es doble: por una parte protege el interés del Estado en el control de los flujos migratorios y por otro la protección del migrante atendida su especial situación de *vulnerabilidad* derivada de su irregular situación migratoria, lo que provocaría una situación de desigualdad y discriminación en relación a aquellos que ingresaron y permanecen en España de forma *regular*. Dicha interpretación del bien jurídico ha llevado al Tribunal Supremo a excluir del ámbito de aplicación del delito conductas que podrían ser inocuas por suprefluas o irrelevantes²⁵.

Los autores que, al contrario, entienden que la figura *básica* del artículo 318 *bis* del Código Penal español protege un interés estatal o *colectivo* como la política migratoria de los Estados, no se encuentran necesariamente en una posición de *defensa* del precepto. Al contrario, muchos de ellos parten su análisis de la premisa que identificar el bien jurídico protegido por el delito de tráfico ilícito de migrantes con un interés individual de los propios sujetos traficados, constituye sólo una forma de justificar en buena medida la aplicación de un tipo penal cuya inclusión en los términos redactados en el Código Penal español critican decisivamente: “(...) *Se produce, en definitiva, una paradoja según la cual el delito no sólo presenta deficiencias técnicas, sino que, además, protege algo distinto de lo que, a todas luces, parece proteger*”²⁶. Las críticas se

23 VILLACAMPA, ob. cit., p. 189.

24 STS 479/2006, en: Circular 5/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración [en línea], p. 42. Disponible en:

http://www.fiscal.es/Circulares,-Consultas-e-Instrucciones.html?buscador=0&cc=Page&cid=1240559967917&codigo=FGE_&newPagina=1&numelempag=20&pagenome=PFisca1%2FPage%2FFGE_pintarCirculares [fecha de consulta 10 de octubre de 2013].

25 Circular 5/2011, ob. cit., p. 43.

26 CANCIO MELIÁ, Manuel y MARAVER GÓMEZ, Mario. “El derecho penal español ante la inmigración: un estudio político-criminal” [en línea]. En: Revista CENIPEC N°25, Enero-Diciembre, 2006, p. 64. Disponible en: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/23569/2/articulo2.pdf> [fecha de consulta, 10 de octubre de 2013]. En el mismo sentido, vid. MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. “¿Puede utilizarse el derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular?” Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad” [en línea]. En: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 10-06 (2008), págs. 7-8. Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-06.pdf> [fecha de consulta, 10 de octubre de 2013]; y DE PRADA SOLAESA, José Ricardo. “A propósito del régimen jurídico sancionador referido a la lucha contra la inmigración clandestina y el tráfico

fundan en síntesis en la escasa justificación político-criminal que, a su juicio, podría encontrarse para reconocer como un valor susceptible de ser protegido en el ámbito del derecho penal la contención de la inmigración irregular.²⁷

En cuanto al reconocimiento de intereses individuales, señalan estos autores que los derechos de los ciudadanos extranjeros no podrían conformar el objeto de protección porque ellos no le son privados al migrante por el *traficante*, sino por las normas del país de recibo, que determinan cuándo éste puede o no disfrutar de sus derechos e integrarse al país²⁸. Más allá de las críticas que puedan formularse a la *dignidad* como bien susceptible de ser protegido mediante el derecho penal²⁹, se ha cuestionado hasta qué punto puede existir una vulneración a la dignidad de los extranjeros *traficados* cuando éstos han prestado su consentimiento de manera libre y en términos de igualdad, aun cuando en el agente exista ánimo de lucro. Asimismo, se critica el hecho de que la supuesta vulneración a la dignidad de los extranjeros, manifestada en su *cosificación* y transformación en una mera mercancía, puede producirse tanto si la entrada o permanencia en el país es ilegal o no: “*Lo determinante para que la dignidad se vea lesionada es, en definitiva, la forma en la que alguien favorece la entrada del extranjero y no el incumplimiento de las normas administrativas que limitan dicha entrada*”³⁰.

Una vez descartados los principales argumentos para sostener que el objeto de protección del delito es uno relacionado con intereses individuales del extranjero, y atendida la literalidad del precepto que sanciona el tráfico ilícito de migrantes en su figura *básica*, se señala entonces que el bien jurídico protegido es la política migratoria que se encuentra detrás de las normas que regulan la entrada y permanencia de los extranjeros en España³¹. Se agrega que dichas normas no tienen por finalidad proteger a los extranjeros, sino establecer controles que supongan un resguardo a la inmigración según las directrices de

de seres humanos” [en línea], p. 78. Disponible en: www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/232241.pdf [fecha de consulta 10 de octubre de 2013].

27 Al respecto, vid., en particular, MARTÍNEZ, ob. cit., págs. 8-16.

28 CANCIO y MARAVER, ob. cit., p. 65. MARTÍNEZ, ob. cit., p. 4, quien agrega que de todas formas el inmigrante irregular goza de algunos derechos en España, y puede acceder al estatus de “inmigrante irregular”, que lo pondría en situación, eventual, de regularización por vía administrativa extraordinaria.

29 Al respecto, vid. CARNEVALI, ob. cit., p. 913, quien sostiene que “(...) *que la dignidad, en cuanto tal, es de donde derivan diversos derechos personalísimos –así, la vida, libertad, honor, integridad, entre otros–, cuya protección sí se recoge en el derecho penal. Dicho en otros términos, a través del resguardo penal de estos intereses también se ampara la dignidad de toda persona. Parece difícil entonces, sostenerse que de la afectación a la dignidad pueda por sí sola derivarse el contenido de injusto necesario de una conducta punible*”. En el mismo sentido, GONZÁLEZ, ob. cit., p. 5.

30 CANCIO y MARAVER, ob. cit., p. 70; MARTÍNEZ, ob. cit. págs. 5-6.

31 CANCIO y MARAVER, ob. cit., p. 72; MARTÍNEZ, ob. cit., págs. 7-8.

un determinado modelo socioeconómico³². Así, se ha apuntado: “*Habría que concluir, por tanto, que nos encontramos en realidad ante un delito contra el orden socioeconómico y que, por tanto, se tutela uno de los aspectos del mismo, tutela que se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro en “abstracto”, ante la imposibilidad de tipificar la lesión o la concreta puesta en peligro recurriendo para ello a objetos o bienes intermedios, que serían puramente instrumentales, en este caso, los derechos de los emigrantes como colectivo, y que tienen la función de representar al bien jurídico institucionalizado o al interés difuso que, en definitiva, es lo que se quiere ante todo proteger*”³³.

El Protocolo Complementario de la Convención de Palermo, por su parte, no es del todo claro en la materia. De un lado, se aprecia que los Estados Parte reconocieron expresamente en el Preámbulo la necesidad de dar un trato humano a los migrantes y de *proteger plenamente sus derechos humanos*³⁴, así como también manifestaron su preocupación *por el hecho de que el tráfico ilícito de migrantes puede poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes involucrados*³⁵. Del mismo modo, en su artículo 2°, el Protocolo declara que su finalidad es prevenir y combatir el tráfico ilícito de migrantes, así como promover la cooperación entre los Estados Parte con ese fin, *protegiendo al mismo tiempo los derechos de los migrantes objeto de dicho tráfico*.

De esta manera, en su Preámbulo y artículo 2°, el Protocolo declara expresamente que los derechos de los migrantes conforman al menos parte del objeto de protección. En el mismo sentido, cabe recordar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 4°, el Protocolo se aplicará a la prevención, investigación y penalización de los delitos tipificados con arreglo al artículo 6° cuando “*(...) sean de carácter transnacional y entrañen la participación de un grupo delictivo organizado, así como a la protección de los derechos de las personas que hayan sido objeto de tales delitos*”. También el artículo 5°, preocupado de la suerte que puede correr el migrante traficado, dispone: “*Los migrantes no estarán sujetos a enjuiciamiento penal con arreglo al presente Protocolo por el hecho de haber sido objeto de alguna de las conductas enunciadas en el artículo 6 del presente Protocolo*”, norma que si bien por un lado reconoce la participación y voluntariedad del migrante en su propio tráfico ilícito, podría explicarse desde una visión que lo identifica como *víctima* de un delito en contra de sus intereses.

A su turno, el artículo 6.1 a) obliga a los Estados Parte a incriminar, cuando se cometa intencionalmente y con el fin de obtener, directa o indirectamente,

32 CANCIO y MARAVER, ob. cit., págs. 74-5.

33 DE PRADA SOLAESA, ob. cit. p. 78.

34 NACIONES UNIDAS. *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*, Nueva York, 2004. Anexo III, Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, págs. 55-6, Para. 3.

35 *Ibid.*, Para. 6.

un beneficio económico u otro beneficio de orden material el tráfico ilícito de migrantes, que a su vez es definido en el artículo 3° letra a) en los siguientes términos: “Por “tráfico ilícito de migrantes” se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material”. En esencia, por tanto, la conducta que se ordena tipificar se describe sin ninguna referencia directa a intereses o derechos de los propios extranjeros. A mayor abundamiento, en el mismo artículo se definen luego conceptos que serían centrales en la configuración del delito, que se vinculan más con la idea de una vulneración a intereses estatales identificados con la política migratoria, como “entrada ilegal”, “documento de identidad o de viaje falso”, entre otros, que individuales relacionados con la dignidad o derechos de los migrantes.

Por último, el Protocolo denomina al migrante *objeto* del tráfico (arts. 4° y 5°), a diferencia por ejemplo de lo que sucede en el Protocolo contra la trata de personas, que en su artículo 2° se refiere explícitamente a las *víctimas* de este delito. La única mención expresa a los derechos o intereses de los extranjeros, caso en que los denomina *afectados*, se encuentra en el artículo 6° N°3, en cuanto obliga a tipificar las circunstancias que pongan en peligro o puedan poner en peligro la vida o la seguridad de los migrantes afectados, o dé lugar a un trato inhumano o degradante de esos migrantes, en particular con el propósito de explotación. Sin embargo, en el Protocolo dichas circunstancias son denominadas *agravantes* del delito, no forman parte del tipo *básico*.

En la misma línea, las guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, reconoce que el recurso a la legislación penal y de otra índole para ejercer control sobre la inmigración no es nuevo, aportando el Protocolo regulación respecto a los fenómenos de explotación de la migración –nótese que no necesariamente del migrante– con fines delictivos y la generación de ganancias ilícitas mediante esta actividad³⁶. Ello, sin embargo, tampoco transforma la conducta, en los términos descritos en el propio Protocolo, como una que tienda a la protección de los intereses individuales de los migrantes. En las propias guías se refuerza este concepto en los siguientes términos: “*En cambio, en el caso del tráfico ilícito, los migrantes concurren voluntariamente y en cierta medida pueden actuar como cómplices de su tráfico ilícito. Aunque el propósito de explotación es un elemento necesario en el Protocolo contra la trata de personas, no es el caso en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes; más bien, el obje-*

36 NACIONES UNIDAS. *Guías legislativas para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos*. Nueva York, Naciones Unidas, 2004, p. 344.

*tivo de explotarlos puede considerarse uno de los agravantes en este último instrumento. Además, el provecho ilícito se obtiene del tráfico propiamente dicho*³⁷.

Por estas consideraciones, en general se ha estimado que el Protocolo ordena a los países tipificar como delito una conducta que protege la política migratoria del Estado³⁸. Así por ejemplo, analizando el Protocolo, Geronimi ha indicado: “*El tráfico es un delito contra la soberanía del Estado y, por consiguiente, el sujeto pasivo es el Estado –y no el migrante– por cuanto el bien jurídico protegido es la soberanía del Estado de que se trate. Sin embargo, cuando concurran las circunstancias agravantes del artículo 6 del Protocolo, el migrante será también sujeto pasivo de los delitos que se cometan contra su persona. El migrante en todo caso es el objeto material del delito*”³⁹.

Como señaláramos, el Protocolo fue fuente de nuestra legislación, aunque en la historia de la ley que tipificó el delito de tráfico ilícito de migrantes en Chile, no existe constancia de algún debate sobre el punto, es decir, sobre la forma en que el Protocolo mandataba tipificar el delito en relación a su bien jurídico protegido.⁴⁰ En efecto, las alusiones a éste son escasas y en general categóricas, en el sentido que no se encuentra discusión asociada al respecto. En todas ellas, se señala explícitamente que el delito de tráfico ilícito de migrantes es un delito contra el Estado, no contra las personas⁴¹.

La forma en que quedó finalmente conformado el artículo 411 *bis* reafirma la opción del legislador de tipificar una conducta que atenta esencialmente contra un interés estatal, que se identifica con la política migratoria del Estado. Cabe tener presente, eso sí, que el tipo penal se estructura, al igual que en España y teniendo como fuente el Protocolo Complementario de Palermo, sobre una figura *básica*, descrita en el inciso 1°, y tipos *agravados* o *calificados*, contenidos en los incisos 2° y 3°. Como la *agravación* o *calificación* de la conducta viene dada justamente por la lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos –integridad física, vida, entre otros–, en dichos supuestos cabe considerar que el tipo protege bienes personalísimos de los migrantes objeto del tráfico⁴². La hipótesis sancionada en el inciso final, dirigida al funcionario público que incurre en las conductas descritas, aun sin ánimo de lucro, podría

37 NACIONES UNIDAS. *Guías legislativas...*, ob. cit., p. 345.

38 MARTÍNEZ, ob. cit., p. 8.

39 GERONIMI, ob. cit., p. 18.

40 Como señala CÁRDENAS, no se puede encontrar en general en la historia de la ley ninguna referencia al modo en que nuestros legisladores entendían estar cumpliendo con las tantas veces citadas obligaciones internacionales contraídas por Chile, ob. cit., p. 448.

41 Historia de la Ley 20.507, ob. cit., págs. 46, 98, 112, 163.

42 El inciso segundo señala que la pena del inciso anterior se aplicará en su grado máximo si se pusiere en peligro la integridad física o salud del afectado. En el inciso 3° se dispone que si se pusiere en peligro la vida del afectado o si éste fuere menor de edad, la pena señalada en el inciso anterior se aumentará en un grado.

entenderse como un delito especial que protegería, además de la política migratoria, bienes jurídicos relacionados con la fe pública o la recta administración del Estado –evitar el el *mal uso* de cargos públicos–⁴³.

En contra, Cárdenas ha entendido que lo que se protege por la figura *básica* de tráfico ilícito de migrantes es la integridad moral de los extranjeros objeto del tráfico. Justifica su posición tanto en la exigencia de ánimo de lucro como en el hecho de que la norma emplee la voz “tráfico”, todo lo cual sería indicativo de una actividad comercial cuyo objeto es el migrante. La consideración de personas como mercancía, el trato vejatorio que importaría *cosificar* a los seres humanos, constituiría aquello que se pretende evitar con la sanción de la conducta. Agrega que la situación de vulnerabilidad posterior a la entrada al país no es imputable al traficante, y que el supuesto consentimiento o aceptación del migrante no es relevante desde que el tipo no lo considera y ello es compatible con la identificación de la integridad moral como bien jurídico protegido⁴⁴.

Si bien es cierto que, en la práctica, en muchos casos, el migrante traficado será víctima de tratos vejatorios por parte del traficante, derivados de su calidad de *objeto* del tráfico y de la especial situación de vulnerabilidad en la que por regla general se podría encontrar, de la sola exigencia en el tipo de ánimo de lucro creemos que no podría derivarse una conclusión general en ese sentido. En efecto, si el migrante prestara libremente su consentimiento, lo que también ocurre en gran parte de los casos, no se visualiza cómo el ánimo de lucro que motiva al traficante pueda transformar la conducta necesariamente en un atentado contra su integridad moral. Como señalan Cancio y Maraver: *“Incluso aunque el autor actuara con ánimo de lucro, la conducta no atentaría contra la dignidad del extranjero que presta su consentimiento libremente. Desde el punto de vista de la dignidad, la conducta penalmente relevante sólo se produce, realmente, cuando no hay consentimiento del extranjero o ese consentimiento resulta irrelevante, y tales casos quedan incluidos en el tipo agravado del apartado tercero del art. 318 bis CP, ya que si no hay consentimiento es o bien porque la conducta se realiza mediando violencia, intimidación, engaño o abusando de una situación de superioridad o de especial vulnerabilidad de la víctima, o bien porque el extranjero es menor de edad o incapaz. Los casos que quedan incluidos en el tipo básico del art. 318 bis 1 son, como ya se ha indicado, los casos en los que la conducta se realiza con el consentimiento del extranjero, de modo que no puede decirse que el bien jurídico en tales casos sea la dignidad de los ciudadanos extranjeros”*⁴⁵.

Sin perjuicio de las críticas que en general ha recibido la idea de dignidad –que entendemos abarcaría la concepción de *integridad moral*–, como objeto

43 CÁRDENAS, ob. cit., p. 454.

44 CÁRDENAS, ob. cit. págs. 453-4.

45 CANCIO y MARAVER, ob. cit. p. 69.

susceptible de protección por el derecho penal, como ya vimos⁴⁶, la concretización de ella en la noción de *cosificación* del ser humano, parece más susceptible de ser aplicada a las figuras de trata de personas, en donde se exige que la voluntad de la víctima haya sido suprimida o se encuentre limitada—*viciada*—por la utilización por parte del autor de un medio comisivo específicamente exigido por el tipo. En efecto, como abordáramos precedentemente, tanto en el Protocolo Complementario de la Convención de Palermo sobre trata de personas, como en nuestro Código Penal —artículo 411 *quáter*—, se exige que el *tratante* haya captado, trasladado, acogido o recibido a la víctima *mediante* violencia, intimidación, coacción, engaño, abuso de poder, aprovechamiento de una situación de vulnerabilidad o dependencia de la víctima, o la concesión o recepción de pagos u otros beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra.⁴⁷ El único caso en el que no se exige la concurrencia de algún *medio comisivo* se produce cuando la víctima es un menor de edad, lo que se explica por la especial consideración de los mismos en tanto protección de su interés superior.

Pero nada de ello se exige en el tipo *básico* de tráfico de migrantes. De esta manera, más allá de que entendamos que por regla general el migrante se va a encontrar en una especial situación de vulnerabilidad que haría propicia la vulneración de sus intereses y derechos, o su dignidad e integridad moral, en aquellos casos en que ello no ocurra, y se verifique una *negociación* libre y voluntaria entre el traficante y el migrante, el tipo penal debiera ser igualmente aplicable. No se quiere decir con esto que la ley no ampare en lo absoluto la dignidad o integridad moral del migrante, la que por medio de la prohibición de la conducta, en aquellos casos en que se ve lesionada, sería al menos indirectamente resguardada. Pero al contrario, en tanto el tipo protege de manera principal la política migratoria del Estado, recibiría aplicación aun en aquellos casos en que no puede verificarse un atentado a la dignidad o integridad moral del migrante, concurriendo todos los elementos del tipo penal. En otros términos, cada vez que exista lesión a intereses individuales de los migrantes, existiendo ánimo de lucro en el autor, el tipo penal sería aplicable, operando en este caso como protector al menos indirecto de tales intereses. Pero no configurándose tal lesión, aun habiendo ánimo de lucro, en principio, la figura también debiera recibir aplicación en tanto, desde una

46 Vid., nota N°31.

47 Por ello, por ejemplo, CANCIO y MARAVER, proponen regular una figura que denominan *tráfico de personas* que se corresponde en esencia con la definición de trata de personas del Protocolo respectivo de Palermo. Las conductas de favorecimiento de la inmigración irregular, en su opinión, sólo podrían ser tipificadas como delito en tanto se realicen con ánimo de lucro, formando parte de una organización delictiva y poniendo en peligro la vida de las personas. Por lo anterior, critican también la propuesta de eurodelito sobre tráfico de personas, que aunque exige ánimo de lucro y pertenencia a una organización delictiva, “(...) *no se tiene en cuenta la lesión de los derechos de los ciudadanos extranjeros*.”, ob. cit., pp. 111-4.

perspectiva teleológica, se estaría vulnerando el interés estatal representado por la política migratoria.

La inclusión del ánimo de lucro en la definición de tráfico ilícito del Protocolo, por su parte, obedece más que a una consideración especial por la dignidad o integridad moral del migrante, a razones prácticas relacionadas con evitar la incriminación de la promoción o facilitación de la entrada ilegal por razones humanitarias –por ejemplo la asistencia de organizaciones caritativas para el desplazamiento de refugiados o solicitantes de asilo– o cuando se procurase la propia inmigración ilegal o de familiares⁴⁸. Si bien se podría argumentar en el sentido que en esos casos justamente por no existir ánimo de lucro no puede entenderse que exista una *cosificación* de la persona derivado de su trato como mercancía, no se encuentran en el Protocolo fundamentos en tal sentido, y tampoco queda manifiesto que el migrante no pueda ver afectada su integridad moral en cuanto objeto de un traslado internacional aun cuando no ha mediado pago o beneficio alguno al *traficante*, por ejemplo en casos en que no hay consentimiento válido. En este sentido, se ha señalado: “*En efecto, la referencia a un beneficio financiero en el Protocolo fue hecha para recalcar que la noción definida englobaba las actividades de los grupos delictivos organizados que actúan motivados por el lucro, pero que quedaban excluidos de ellas las actividades de todos los que prestan apoyo a los migrantes por razones humanitarias o de vínculos familiares estrechos. Se señala asimismo que el Protocolo no pretendía penalizar las actividades de los familiares o de las organizaciones no gubernamentales o agrupaciones religiosas de apoyo*”⁴⁹. La idea, desde otra perspectiva, habría sido sancionar la explotación lucrativa de la inmigración ilegal como una forma particularmente grave de atentado al bien jurídico protegido.⁵⁰

A lo anterior cabría agregar que la Ley N°20.507 no derogó los tipos penales contenidos en los artículos 68 y 69 del Decreto Ley N°1094, de 1975, que establece normas sobre extranjeros en Chile, y que sancionan respectivamente la entrada ilegal y la entrada clandestina⁵¹, materia que fue objeto de discu-

48 NACIONES UNIDAS. *Guías legislativas...*, ob. cit., p. 346.

49 GERONIMI, ob. cit., p. 20.

50 NACIONES UNIDAS. *Guías legislativas...*, ob. cit., p. 344.

51 El artículo 68 castiga con la pena de presidio menor en su grado máximo y expulsión al extranjero que ingrese al país o intente egresar de él valiéndose de documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona, o hagan uso de ellos durante su residencia. El artículo 69, por su parte, sanciona con la pena de presidio menor en su grado máximo a los extranjeros que ingresen al país o intenten egresar de él clandestinamente. Si lo hicieren por lugares no habilitados, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a máximo. Si entraren al país existiendo a su respecto causales de impedimento o prohibición de ingreso, serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo. Una vez cumplida la pena, la norma dispone que los extranjeros serán expulsados del territorio nacional.

sión durante la tramitación de la ley⁵². Dichos delitos son aplicables al propio migrante, quien en el caso de haber ingresado ilegal o clandestinamente a nuestro país cometería alguno de éstos, mientras el que promovió o facilitó su ingreso ilegal sería autor del delito tipificado en el artículo 411 *bis*⁵³. Lo anterior refleja, de alguna manera, que para el legislador el extranjero, al menos el que ingresa ilícita o clandestinamente en los términos de los artículos 68 y 69 del Decreto Ley N°1094, lejos de ser víctima de un tráfico, es personalmente responsable por su ingreso ilegal.

La Ley N°20.507 también incorporó un nuevo artículo 33 *bis* al Decreto Ley N°1094, en virtud del cual las víctimas de trata de personas –sólo ellas–, tienen derecho de solicitar una autorización de residencia temporal por un período mínimo de 6 meses, durante el cual podrán decidir el ejercicio de acciones penales y civiles en los respectivos procedimientos judiciales o iniciar los trámites para regularizar su situación legal de residencia. En su inciso segundo establece: *En ningún caso podrá decretarse la repatriación de las víctimas que soliciten autorización de residencia por existir grave peligro para su integridad física o psíquica resultante de las circunstancias en que se ha cometido el delito en sus países de origen*. Evidentemente, la norma no contempla al migrante *traficado*, quien ni aun a costa de peligro grave para su integridad física o psíquica, puede estar sujeto a repatriación. No deja de ser paradójico, en este sentido, que el extranjero objeto del tráfico haya sido incorporado como *beneficiario* de las medidas especiales de protección introducidas por la Ley N°20.507 al Código Procesal Penal (nuevo artículo 78 *bis*), norma que lo califica de “víctima” y dispone la adopción de medidas, junto a las víctimas de trata, *teniendo presente la especial condición de vulnerabilidad que las afecta*, norma que en todo caso podría explicarse por la necesidad de protección en que pueda encontrarse el migrante en el caso de los tipos agravados del inciso 2° y 3° del artículo 411 *bis*.

Hasta la fecha, nuestros tribunales han entendido que el objeto de protección del delito de tráfico ilícito de migrantes es la política migratoria del Estado, con lo cual no han exigido la concurrencia de elementos que digan relación con la vulneración de intereses individuales de los migrantes, a pesar de que han mencionado en algunos casos la dignidad de éstos como objeto *indirecto* de protección. En este sentido, se ha señalado: *“El delito se encuentra en grado de consumado, al haberse realizado totalmente las conductas que el legislador contempló para la configuración de este tipo penal y que acarrearán lógicamente una afectación para el bien jurídico tutelado, que es el respeto por las normas que regulan la*

52 Historia de la ley, ob. cit., págs. 59 y 63.

53 En tanto el migrante haya ingresado con documentos falsificados, adulterados o expedidos a nombre de otra persona. En caso contrario, sólo el *traficante* podría ser sancionado. Antes de la reforma de la Ley N°20.507, la conducta del *traficante* –promover o facilitar– podría haber sido inculpada en tanto se estimara como una forma de participación del delito de ingreso ilegal o clandestino.

política migratoria del país. (...) A fin de cuentas, lo que interesa es proteger el bien jurídico tutelado por la norma penal, que como vimos en este caso es directamente la legislación migratoria del país —vulnerada al incumplirse los restrictivos requisitos que impone— aunque indirectamente también la dignidad del ser humano, en cuanto el migrante es utilizado como un objeto o insumo para el beneficio de los delinquentes”⁵⁴.

En el mismo sentido, el Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago ha señalado: *“En tal sentido, R.P.D. y J.R.C. ingresaron ilegalmente a Chile, toda vez que para entrar al Estado señalaron al personal de Control Migratorio del Aeropuerto que venían como turistas, portando dinero suficiente para vacacionar en Chile, siendo su real motivación la de trabajar en esta nación, a fin de obtener una mejoría de su situación económica. De esta manera, ambos entraron “engañando” al personal contralor de migración, al realizar una declaración falsa del motivo que los traía a esta República, vulnerando el sistema migratorio nacional”⁵⁵.*

Por lo dicho, cabe concluir que el tipo *básico* de tráfico de migrantes contenido en el artículo 411 *bis* inciso 1° del Código Penal, protege la política migratoria del Estado. Con ello, no se pretende valorar la política migratoria desde la perspectiva de su *valor* o *entidad* como bien jurídico susceptible de ser protegido por la vía del derecho penal; más bien se pretende hacer constar una interpretación del tipo penal atendida la regulación positiva vigente y lo señalado por nuestros tribunales de justicia, y las consecuencias que de ella se pueden extraer especialmente en sede de juzgamiento.

3. Entrada ilegal

En tanto el delito de tráfico ilícito de migrantes protege la política migratoria del Estado, la *entrada ilegal* al país, como elemento normativo del tipo, constituye un aspecto central del mismo, pues justamente la *ilegalidad* de la entrada contribuye o conforma en gran medida la vulneración del bien jurídico protegido.

El Protocolo Complementario define la entrada ilegal en su artículo 3° letra b) como *“(...) el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para*

54 Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, 12 de marzo de 2013, RUC N°1200236968-9, RIT N°67-2012, considerando noveno. Dicho fallo fue impugnado por la defensa mediante la presentación de un recurso de nulidad, que fue finalmente rechazado por la unanimidad de los Ministros de la Tercera Sala de la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua en fallo de fecha 6 de mayo de 2013. Similar, Primer Juzgado de Garantía de Santiago, 21 de febrero de 2013, RUC N°1200279102-K, RIT N°1153-2012, considerando cuarto, en tanto señala, aunque no refiriéndose al bien jurídico protegido, que la norma castiga a quien con ánimo de lucro gestiona el ingreso de personas extranjeras en situación de *precariedad*.

55 Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando noveno.

entrar legalmente al Estado receptor". Se ha complementado dicha definición en el sentido de que el extranjero, no nacional o residente, debe haber ingresado al país sin haber cumplido alguno o ninguno de los requisitos aplicables a la entrada de personas que no sean nacionales ni residentes permanentes⁵⁶.

Uno de los problemas que presentaba la norma era la correcta interpretación de los contornos de este elemento normativo en casos en los cuales el traficante promovía o facilitaba el ingreso del migrante en calidad de turista con visa o documentación válida y legítima, pero lo hacía con la intención de trabajar o realizar actividades diferentes de las que le autorizaban su calidad o estatus migratorio. Como el artículo 68 del Decreto Ley N°1094, de 1975, castigaba el ingreso ilegal realizado mediante documentación falsa, adulterada o expedida a nombre de otra persona, se podía interpretar que sólo el ingreso en esas condiciones delimitaba el elemento normativo.

El tema se producía por el hecho de haberse efectuado el ingreso con un documento válido y su entrada autorizada en ese contexto. ¿Podía calificarse de igual forma como "ilegal" el ingreso cuando la intención *real* de la persona era realizar actividades distintas a las declaradas ante las autoridades migratorias? En España, por ejemplo, se ha reconocido como ilegal en numerosas sentencias el ingreso *fraudulento*, esto es, aquel en el que el individuo se vale de cualquier tipo de artificio para ocultar a las autoridades la *finalidad ilícita con que se hace, y que de ser conocida la haría imposible*, como la utilización de documentación físicamente genuina pero que no responde a la realidad de las cosas sirviendo de justificación del motivo y condiciones de entrada y estancia, como la organización del viaje, anticipando el viático, billetes de ida y vuelta, y cuanta documentación fuera precisa para poder traspasar la frontera como si fueran turistas⁵⁷.

En nuestro país, los tribunales han señalado que el ingreso del extranjero –no nacional o residente– en calidad de turista cuando en realidad venía por ejemplo a realizar actividades remuneradas, sin estar expresamente autorizado para ello, es *ilegal* en tanto contraviene las normas que regulan el ingreso de los extranjeros al país. En este sentido, se ha señalado que la calidad de turista, de acuerdo a lo establecido en los artículos 44 y siguientes del DL N°1094, sólo habilita a los extranjeros a realizar actividades de recreo, deportivas, de salud, de estudios, de gestión de negocios, familiares, religiosos u otros similares, sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas. El artículo 48, por su parte, dispone expresamente que se prohíbe a los turistas desarrollar actividades remuneradas, con excepciones en casos calificados. La ilegalidad del ingreso de quien declara ser turista cuando su intención

56 Naciones Unidas. *Guías legislativas...* ob. cit., p. 346.

57 Circular N°5/2011, ob. cit., págs. 40-1, con múltiples citas a fallos del Tribunal Supremo español.

era realizar actividades remuneradas, contraviene expresamente dichas normas que regulan los requisitos para la entrada y permanencia de extranjeros a nuestro país, ya que su estatus migratorio no lo habilita para realizar tales actividades y no cuenta con una autorización, permiso o visa en ese sentido.

Sumamente explicativo en este contexto, fue el Tribunal Oral en lo Penal (TOP) de Santa Cruz, quien en el fallo condenatorio citado, explica el ingreso ilegal en los siguientes términos:

“Lo esencialmente discutido en el juicio fue si la entrada de los 43 migrantes peruanos ya identificados –que con lo hasta aquí señalado podemos afirmar fue facilitada y promovida por el acusado con ánimo de lucro– fue ilegal o no. Para estos efectos el tribunal debió establecer primeramente qué significa que una actuación, en este caso la entrada al país de una persona, sea legal. El mismo léxico ya nos permite una respuesta: es legal lo “prescrito por ley y conforme a ella”, y, por el contrario, es ilegal aquello “que es contra ley” (definiciones del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, consultado en <http://www.rae.es/rae.html>). Es ilegal, por tanto, aquello contrario a la ley, pero entendida ley en una acepción general, indicativa de legalidad, esto es, como ordenamiento jurídico vigente de un país, comprensiva por tanto del conjunto de sus reglas, normas o preceptos dictados por la autoridad competente (misma fuente anterior). Abarca por ende tanto leyes propiamente tales como otras disposiciones de carácter legal (decretos leyes, decretos con fuerza de ley), la Constitución Política del Estado, los tratados internacionales ratificados por Chile, así como normas reglamentarias, todas que se encuentren vigentes.

17.- *Para la situación concreta que nos ocupa debe tomarse en cuenta que el tipo penal del artículo 411 bis del Código Penal fue incorporado a nuestra legislación por la Ley 20.597, publicada en el Diario Oficial el 8 de abril de 2011 –vigente por cierto a la época de ocurrencia de los hechos de la acusación– la que tuvo su origen formal en una moción parlamentaria encabezada por la honorable diputada María Antonieta Saa, y que tuvo a su vez como finalidad “...armonizar el marco jurídico nacional con la normativa internacional sobre la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, particularmente, con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos Protocolos... relativos al Combate al Tráfico de Migrantes por Vía Terrestre, Marítima y Aérea y la Prevención, Represión y Sanción a la Trata de Personas, en Especial Mujeres y Niños, suscrita en Palermo el día 15 de diciembre de 2000, plenamente vigente en nuestro país desde el año 2005...” (“Historia de la Ley 20.507 sobre tráfico de migrantes”, Biblioteca del Congreso Nacional, páginas 37 y 45, disponible en www.bcn.cl). Estos instrumentos internacionales fueron incorporados formalmente a la legislación nacional por Decreto Supremo N°342 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial con fecha 16 de febrero de 2005 (consultado en Biblioteca del Congreso Nacional, <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=235583>). Entre ellos, el conocido como Protocolo de Palermo, se encarga de definir que por tráfico ilícito de migrantes “...se entenderá la facilitación de la entrada ilegal de una persona en un*

Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material” (artículo 3 letra a); en tanto, por entrada ilegal entiende “el paso de fronteras sin haber cumplido los requisitos necesarios para entrar legalmente en el Estado receptor”. Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal estimó que el adjetivo ilegal que el artículo 411 bis del catálogo de penas exige para que la facilitación o promoción de la entrada de una persona al país que no sea nacional o residente constituya delito, implica simplemente que dicha entrada se posibilite sin cumplir todos los requisitos establecidos legalmente para ello.

18.- *Regulan las materias relativas al ingreso de personas al país el Decreto Ley 1.094, publicado en el Diario Oficial de fecha 19 de julio de 1975, que con sus modificaciones constituye la llamada Ley de Extranjería, la cual se encuentra complementada por su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 597 del Ministerio del Interior, publicado legalmente el 24 de noviembre de 1984, conocido como Reglamento de Extranjería. Sin perjuicio de los demás cuerpos que contienen disposiciones relacionadas, como el mismo Código Penal y las referidas convenciones internacionales. Conforme a la citada Ley de Extranjería, para ingresar al territorio nacional los extranjeros deberán cumplir los requisitos que señala ese cuerpo normativo (art. 2°); los extranjeros podrán ingresar a Chile en calidad de turistas, residentes, residentes oficiales e inmigrantes de acuerdo a las normas que se indican (art. 4°), los últimos de los cuales a su vez se regulan en el DFL 69 de 1953. Tanto residentes oficiales (miembros del Cuerpo diplomático y consular y de organizaciones internacionales reconocidos por Chile, según el art. 19) como los demás residentes (residente sujeto a contrato, estudiante, temporario o con asilo político, según el art. 22) y los inmigrantes (el extranjero que ingresa al país con el objeto de radicarse, trabajar y cumplir las disposiciones del DFL 69, según su art. 5°) cuentan con una visación específica que les otorga esa calidad, y quienes no tienen alguna de ellas solo pueden ingresar como turistas. Pero a su vez se considera turistas no a cualquier extranjero sin alguna de aquellas visaciones, sino a aquel que ingrese al país con fines de recreo, deportivos, de salud, de estudios, de gestión de negocios, familiares, religiosos u otros similares, “sin propósito de inmigración, residencia o desarrollo de actividades remuneradas” (art. 44 DL 1094). Complementando lo anterior, el mencionado Reglamento de Extranjería dispone que “la entrada al país de los extranjeros deberá hacerse por lugar habilitado, con documentos idóneos y sin que existan causales de prohibición o impedimento” (art. 6°), aclarando que “se entiende por lugares habilitados aquel que sea controlado por las autoridades señaladas en el artículo 4°” (Policía de Investigaciones de Chile, o donde no la haya Carabineros o la Autoridad Marítima); que los documentos idóneos son los pasaportes auténticos y vigentes u otros documentos análogos (art. 8°) y, en cuanto a la prohibición o impedimento, lo son los señalados en los artículos 26 y siguientes del Reglamento, norma primera que dispone que “se prohíbe el ingreso al país a los extranjeros que, entre otros, no cumplan con los requisitos de ingreso establecidos en el DL 1094, de 1975, sus modificaciones, y las del presente Reglamento...”. A mayor abundamiento, se contó con el documento 51 de la prueba de cargo, denominado ordinario N°6654,*

fecha del 30 de marzo de 2012, emitido por el Jefe Suplente del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que contiene respuesta a consulta realizada por la Fiscalía de Santa Cruz, en que señala las condiciones en que un extranjero puede ingresar al país, en los mismos términos indicados. En consecuencia, debe considerarse ilegal el ingreso de un extranjero que no cumple los requisitos señalados para ello en la Ley de Extranjería o su Reglamento.

19.- En este sentido, conforme al tenor de las disposiciones pertinentes el ingreso de un extranjero será por regla general en calidad de turista, salvo que cuente con una visa o permiso especial que le asigne la calidad de residente, inmigrante u otra. Y esa calidad de turista no puede tener por objeto el venir a desarrollar una actividad remunerada, algo que tanto en la Ley como su Reglamento aparece restringida y sujeta a la debida calificación por la autoridad pertinente, pudiendo optar la persona a solicitar previo al ingreso una visa de trabajo, o, una vez en el país, mutar su calidad de turista a residente sujeto a contrato; incluso podría obtener un permiso especial provisorio de trabajo, pagando los derechos correspondientes. En cualquiera de estos casos, sin embargo, es evidente que para que la persona pueda trabajar requiere tener previamente el permiso o visa, y por cierto que si no se lo tiene, lo natural es que la persona ingrese en calidad de turista o simplemente no ingrese al país. En ese escenario, el artículo 48 de la citada Ley es categórico en cuanto establece que se prohíbe a los turistas desarrollar actividades remuneradas.

(...) 25.- Así, el carácter ilegal de la entrada resultó patente en cuanto no se cumplió con lo establecido, entre otras disposiciones, por el mencionado artículo 2° del Decreto Ley 1.094 de Extranjería, que obliga a cumplir los requisitos previstos para que un extranjero pueda ingresar al país, en relación al artículo 15, que precisamente prohíbe el ingreso al país de extranjeros que no cumplen con los requisitos de ingreso, como era en este caso la situación de los 43 ciudadanos peruanos, ninguno de los cuales era chileno, ni residente, ni inmigrante con su visa correspondiente, sólo pudiendo ingresar como turistas, pero no para trabajar o ejercer actividades remuneradas. Precisamente al haber ellos ingresado de ese modo, no obstante su propósito, se vulneró lo dispuesto en el artículo 48 de este Decreto Ley, que prohíbe a los turistas desarrollar actividades remuneradas, y el 44, que establece el deber de todo turista de tener los medios económicos para subsistir durante su permanencia en Chile, lo que prácticamente todos incumplían ya que no contaban siquiera con dinero para sufragar su propia alimentación durante un breve tiempo, entregándose y confiando totalmente a la expectativa de recibir el pago por el trabajo ofertado por el acusado. Finalmente, y no obstante otras normas infringidas, se vulneró por el acusado lo dispuesto en el artículo 74 de este cuerpo legal, establece que no se podrá dar ocupación a los extranjeros que no acrediten previamente su residencia o permanencia legal en el país o que están debidamente autorizados para trabajar o habilitados para ello, lo que quedó demostrado en que E.M. contactó y convenció a estas personas de venir a Chile a trabajar para él (para la sociedad controlada por él), los contrató y puso a trabajar, a sabiendas de su calidad de extranjeros y de que

*no tenían permiso para hacerlo, el que procuró obtener después de su ingreso y de comenzar las faenas, como veremos*⁵⁸.

Así, califica para nuestros tribunales como *ilegal* la entrada al país de quien lo hace por lugar habilitado, con visa o documentación legítima, pero mediante *engaño*, pues las actividades que *realmente* venía a realizar el extranjero al país, cuando difieren de aquella declarada, hace exigibles otros requisitos que no necesariamente va a cumplir, lo que derivaría en la negativa, en términos generales, de la autoridad correspondiente, de autorizar su ingreso, y en la contravención a las normas que lo regulan.

III. Conclusiones

El delito de tráfico ilícito de migrantes, introducido en nuestra legislación mediante la dictación de la Ley N°20.507, tuvo entre sus fuentes y fundamentos las obligaciones contraídas por el Estado de Chile al suscribir instrumentos internacionales que regulan la materia, en particular la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y su Protocolo Complementario contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire.

Dichos instrumentos, en consecuencia, junto a la jurisprudencia de nuestros tribunales, pueden servir como guía para interpretar y dar luces sobre los alcances y contenido del tipo penal, en particular respecto a temas que han sido objeto de debate, como el bien jurídico protegido, su relación con las normas que regulan la entrada y permanencia de los extranjeros en Chile y el significado y alcance del “ingreso ilegal” como elemento normativo del tipo.

En ese contexto, teniendo presente lo dispuesto en el Protocolo de Palermo, como en la jurisprudencia de nuestros tribunales, y atendiendo a la forma en que se encuentra tipificado el delito de tráfico ilícito de migrantes, la historia de su inclusión, y su relación con el delito de trata de personas y las normas contenidas en el Decreto Ley de extranjería, se puede concluir que el legislador quiso proteger, en el tipo *básico*, la política migratoria del Estado.

En relación a la “entrada ilegal” como elemento normativo del tipo, ésta se ha interpretado de manera amplia como cualquier contravención a las normas que regulan los requisitos de entrada al país, contenidos especialmente en el Decreto Ley N°1094, de 1975, Ley de Extranjería. De esta manera, se ha

58 Tribunal Oral en lo Penal de Santa Cruz, cit., considerando octavo. En el mismo sentido, Cuarto Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, 13 de diciembre de 2012, RUC N°1001114184-1, RIT N°287-2012, considerando noveno; Juzgado de Garantía de Molina, 14 de julio de 2013, RUC N°1300463325-8, RIT N°760-2013, considerando quinto; Primer Juzgado de Garantía de Santiago, 21 de febrero de 2013, RUC N°1200279102-K, RIT N°1153-2012, considerando cuarto.

entendido como entrada ilegal no sólo la realizada clandestinamente o con documentación falsificada, sino también aquella que se hace por paso habilitado y con documentación físicamente genuina, como una visa o estatus de turista, pero que en realidad se hace para realizar actividades que su estatus migratorio no habilita, por ejemplo, realizar actividades remuneradas.

COMENTARIO AL FALLO DICTADO POR LA I. CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL SOBRE LA EXCLUSIÓN TEMÁTICA DE PRUEBA DE PERITOS DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS

Camila Alvear Vargas¹

Introducción

El día 12 de agosto del presente año la I. Corte de Apelaciones de San Miguel acogió parcialmente un recurso de apelación presentado por el Ministerio Público, al que adhirió el Servicio de Impuestos Internos como querellante, contra el auto de apertura de juicio oral en el que el Tribunal realizó una exclusión temática de los peritos del Servicio de Impuestos Internos.

Este comentario comenzará por una breve descripción de los fundamentos de la resolución recurrida, para continuar con un extracto de las razones que llevaron a la I. Corte a revocar y confirmar parcialmente la resolución de primera instancia en las distintas hipótesis de exclusión temática, y finalizar con un análisis crítico de estos raciocinios.

La resolución recurrida

El 10° Juzgado de Garantía de Santiago al dictar el auto de apertura de la causa RUC N°0800491133-5 RIT N°4007-2008², en audiencias de 22 y 23 de julio de 2013, realizó una exclusión temática, prohibiendo a los peritos, funcionarios que realizaron la recopilación de antecedentes del Servicio de Impuestos Internos, referirse a determinados temas al deponer durante el juicio, así como también respecto de algunos funcionarios policiales.

A continuación analizaremos los argumentos que el Tribunal dio en audiencia para acoger o desestimar los distintos fundamentos esgrimidos en las solicitudes de exclusión realizadas por la defensa y en particular respecto de los peritos.

Sobre la parcialidad de los peritos

Ante la solicitud de la defensa de excluir a los peritos fundada en su supuesta parcialidad, atendido a que serían dependientes del Servicio de Impuestos

1 Abogada de la Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos, Medioambientales y Crimen Organizado, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.

2 A la fecha de preparación de este comentario, la causa se encuentra vigente y en audiencia de juicio oral.

Internos, quien es querellante en la causa, y que en su calidad de tales deben cumplir con metas de gestión y desempeño -lo que significaría además un interés patrimonial en el juicio-, el Tribunal resolvió **rechazar** la solicitud, en atención a que la vulneración de garantías capaz de generar una exclusión de prueba requiere de una concreción real, objetiva y concreta de la vulneración de un derecho o garantía constitucional y no permite una exclusión *a priori* de estos peritos por la sola relación laboral de subordinación y dependencia o jerarquía que existe con el querellante, toda vez que ésta no necesariamente conlleva la parcialidad del perito, haciéndose necesario probar una transgresión a los principios que rigen su ciencia y arte, los que vienen dados en este caso por las normas de auditoría, generalmente aceptadas y que están establecidas por el Colegio de Auditores de Chile.

El Tribunal consideró además que el artículo 318 del Código Procesal Penal impide la inhabilitación de los peritos, definiendo un mecanismo de interrogación y contra-interrogación en el propio juicio oral que permite a las partes dirigir preguntas orientadas a determinar la imparcialidad o idoneidad del perito. De esta manera el Tribunal entendió que la imparcialidad es una cuestión que debe ser determinada por el Tribunal de fondo, al realizar una valoración del perito conforme a las preguntas que realizan los propios intervinientes en el juicio oral.

Hipótesis de la investigación paralela del Servicio de Impuestos Internos

El Tribunal **desestimó** también el segundo fundamento que esgrimió la defensa para excluir a los peritos, que se refiere a la vulneración de garantías constitucionales, específicamente al debido proceso, por existir una supuesta investigación paralela desarrollada por el Servicio de Impuestos Internos.

La defensa señaló que los funcionarios fiscalizadores del Servicio realizaron diligencias amparadas en los artículos 161 N°10 y 34 del Código Tributario, con posterioridad a la presentación de la denuncia o querrela ante el Ministerio Público por parte del Director del Servicio, lo que habría significado una delegación ilegítima de funciones por parte de la Fiscalía, la que por disposición constitucional debe dirigir en forma exclusiva la investigación.

Argumentó además la defensa que los funcionarios del Servicio no se encuentran sujetos al principio de objetividad y al deber de registro, obligaciones que sí pesan sobre el Ministerio Público, sin encontrarse sus actuaciones sujetas tampoco a un control jurisdiccional, pudiendo realizar autónomamente diligencias que en sede penal requerirían autorización judicial previa por el juez de garantía, como ocurriría con la incautación de los libros de contabilidad.

Para tomar la decisión de rechazar la solicitud de la defensa, el Tribunal consideró principalmente que al entrar en vigencia la reforma procesal penal y dictarse una serie de leyes adecuatorias, entre ellas la que modifica el Código

Tributario incluyendo el actual artículo 161 N°10 referido a la recopilación de antecedentes, éstas fueron aprobadas por el Tribunal Constitucional quedando vigentes en nuestro ordenamiento.

También se señaló que para la redacción de dicho artículo se tuvo en especial consideración la necesidad de que existiese esta investigación administrativa y fiscalizadora, dado que el Servicio realiza alrededor de diez mil investigaciones anualmente, donde analiza a fondo los antecedentes antes de llegar a la conclusión de que los hechos podrían ser constitutivos de delito, tomando en consideración también que no todas las infracciones tributarias van a constituir un ilícito penal.

El Tribunal consideró que no existe dicha vulneración concreta de garantías constitucionales, toda vez que aun cuando los informes cuestionados se realizaron cuando ya la Fiscalía tenía la exclusividad en la investigación, nos encontraríamos frente a una solicitud de pericia contable realizada por la Fiscalía al Servicio, tratándose de una diligencia que requiere del conocimiento de una ciencia o arte, donde el fiscal autorizó a los fiscalizadores a requerir de cualquier persona natural o jurídica los antecedentes necesarios para realizar el informe. De esta forma, la Fiscalía habría actuado en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales y acorde a los artículos 181 y 321 del Código Procesal Penal.

En este mismo sentido, el hecho que los funcionarios del Servicio hayan estado presentes cuando se tomó declaración al imputado y testigos en la Fiscalía, tampoco significó para el Tribunal una delegación de funciones, toda vez que fue en todo momento el fiscal quien tomó la declaración del acusado, compareciendo éste con su abogado y previa lectura de todos sus derechos, por lo que la presencia de los funcionarios del Servicio representó sólo un apoyo técnico de un perito contable que asiste al fiscal.

Agregó además que el Servicio de Impuestos Internos podía aún realizar diligencias amparadas en el proceso de recopilación de antecedentes, si lo que se buscaba era determinar el tributo y el perjuicio fiscal efectivamente producido en la causa, o bien si la investigación administrativa se dirigía a períodos tributarios o contribuyentes distintos a los denunciados. Esto es lo que efectivamente, a juicio del Tribunal, ocurrió en el caso de autos, donde las nuevas diligencias realizadas por el Servicio fueron fundamento de las posteriores ampliaciones de la querrela y de la re-formalización de la investigación por la Fiscalía.

Derecho de contrainterrogatorio de la defensa

El Tribunal sí **acogió** la solicitud de la defensa, y excluyó temáticamente a los peritos fiscalizadores del Servicio y testigos funcionarios policiales, en lo que se refiere a sus declaraciones en calidad de testigos de oídas de los contri-

buyentes, cuando éstos no hubieren sido ofrecidos a juicio oral en calidad de testigos por la Fiscalía o el querellante.

En el caso de los funcionarios de la Policía de Investigaciones se buscaba por la Fiscalía que, en su calidad de testigos, depusieran sobre las declaraciones tomadas al acusado y distintos testigos durante la etapa de investigación penal, y respecto de los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos se pretendía que, en su calidad de peritos, depusieran respecto de las declaraciones que prestaron distintas personas de acuerdo al artículo 34 del Código Tributario o en el ámbito de las recopilaciones de antecedentes, y que se encontraban contenidas en los informes periciales.

En esta decisión el Tribunal consideró que se vulnera el derecho a defensa, dado que ésta no podrá ejercer el derecho de contrainterrogatorio respecto de una prueba que va a referirse a la declaración de una persona que no va a testificar en el juicio oral, vulnerando así los derechos previstos en los artículos 329 y siguientes del Código Procesal Penal. De esta forma, los peritos y testigos no podrían declarar en juicio oral sobre lo que escucharon decir a personas no ofrecidas en la acusación fiscal o por el querellante como testigos, ya que todo medio de prueba ofrecido debe poder ser contrastado por la defensa a fin de hacer valer los derechos que establece en el juicio oral el legislador.

El Tribunal consideró que es distinto el caso de las declaraciones que puedan dar los peritos y testigos, en calidad de testigos de oídas sobre los dichos de contribuyentes o testigos que sí van a presentarse en el juicio oral, **denegando** de esta forma la solicitud de exclusión de prueba que realizó la defensa, incluso en el caso de la declaración tomada por el Servicio a la conviviente de uno de los acusados, aun cuando no se le haya leído los derechos que a su favor dispone el artículo 302 del Código Procesal Penal, toda vez que en definitiva fue ofrecida para declarar en el juicio oral, y además no tratándose de una declaración “contra” su conviviente, tampoco existe una vulneración de garantías concretas y reales.

Derecho a guardar silencio y no autoincriminarse

El Tribunal también **acogió** la solicitud de la defensa de excluir temáticamente a los peritos fiscalizadores del Servicio, en lo que se refiere a sus declaraciones en calidad de testigos de oídas respecto a lo que ante ellos señalaron los acusados de acuerdo al artículo 34 del Código Tributario o en el ámbito de las recopilaciones antecedentes, y que se encuentran contenidos en los informes periciales, por atentar contra el derecho a guardar silencio y a no autoincriminarse.

El Tribunal **rechazó** esta exclusión de prueba en los casos en que los peritos fueron testigos de oídas en la declaración que los acusados prestaron ante la Fiscalía, y en presencia de sus abogados, previa lectura de sus derechos, toda

vez que habiéndose tomado las declaraciones dentro de los estándares del debido proceso, es plenamente válido que estos peritos puedan prestar declaración como testigos de oídas. Para llegar a esta conclusión el Tribunal tuvo también presente que, en definitiva, no habría una concreción hasta el día que se produzca la audiencia de juicio oral, donde efectivamente los acusados vayan a hacer uso de su derecho a guardar silencio en juicio oral o en definitiva deseen prestar declaración como medio de defensa.

La resolución de la I. Corte de Apelaciones de San Miguel

Con fecha 12 de agosto de 2013, la I. Corte de Apelaciones de San Miguel, conoció del recurso de apelación presentado por la Fiscalía contra la resolución a que hacíamos referencia en el acápite anterior, resolviendo revocar parcialmente la resolución, por los racionios que a continuación se indican:

- a) Respecto a la exclusión temática de la declaración de los peritos del Servicio de Impuestos Internos

La I. Corte realizó un análisis sobre la eventual colisión entre el legítimo interés público de persecución penal y la legítima protección de los derechos fundamentales, proponiéndose determinar cómo pueden verse afectados tanto uno como el otro y cuál es entonces el que debe primar.

Advirtió que el juez no yerra al excluir temáticamente la prueba que se circunscribe a las declaraciones juradas y a las recabadas con ocasión de la investigación previa de los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, y que se tomaron a personas que en definitiva no depondrán en la causa al no haber sido ofrecidos como testigos por el Ministerio Público, precisamente por considerar que atenta contra el derecho a defensa de los imputados, toda vez que no podrían contrastar la deposición de las personas que en su oportunidad la prestaron ante el Servicio.

Consideró que el derecho a defensa debe ser el elemento diferenciador y preponderante en este aspecto, por sobre el legítimo interés público de persecución penal.

Agregó que es de cargo del Ministerio Público obtener las pruebas que han de rendirse en el juicio, no pudiendo intentar introducirla por vía indirecta a través del testimonio de un perito. Señaló que lo mismo sucede con la declaración jurada del imputado prestada en la etapa previa a la iniciación de la acción penal. Tuvo en consideración además que las declaraciones prestadas en el proceso de recopilación de antecedentes, y en virtud del artículo 34 del Código Tributario, suponen un juramento de verdad de parte de los declarantes, lo que presupone un estándar que vulnera a la prueba que debe recabarse durante la investigación.

- b) Respecto a la exclusión temática de la declaración de los testigos funcionarios policiales

La I. Corte de Apelaciones de San Miguel **revocó** en esta parte la resolución apelada, por considerar que la hipótesis de exclusión temática realizada a los testimonios de los funcionarios de la Policía de Investigaciones, difiere de lo analizado respecto de los peritos, por considerar que dentro del marco de la investigación han efectuado una labor que abarca diversos aspectos que conforman un todo, que no puede separarse o parcializarse, y la limitación que realiza la exclusión temática entrabaría su deposición.

Agregó además que en la medida que las declaraciones de los funcionarios policiales digan relación con aspectos de la investigación, podrían ser refutadas o contrastadas por diversos elementos que formen parte de la estrategia de la defensa. Advirtió que, en definitiva, la valoración de las declaraciones de los funcionarios policiales quedaría entregada al Tribunal, dentro del marco de la totalidad de la prueba rendida.

Análisis crítico

A continuación realizaremos una crítica a los racionios del fallo de la I. Corte de Apelaciones, dividiendo el análisis en cuatro aristas fundamentales: a) la inexistencia legal de las exclusiones temáticas, b) la exclusión como control *a posteriori* de la vulneración de garantías, c) los argumentos orientados a la no vulneración del derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio, y d) la no vulneración del derecho a defensa, específicamente al contra examen.

- a) Inexistencia legal de las exclusiones temáticas

A nuestro juicio, debemos partir de la base que los medios de prueba se identifican con un concepto unitario que no puede ser objeto de divisiones ya que los desnaturalizan y mutan, haciéndolos perder su calidad de tales.

En este mismo sentido podemos señalar que no existe ninguna disposición en el Código Procesal Penal que autorice tal forma parcial de exclusión, limitándose la decisión del Juez de Garantía a aceptar la inclusión o exclusión de la probanza respectiva como una universalidad, más aún en el caso en que el medio de prueba tenga un mismo origen, en este caso la recopilación de antecedentes realizada por el Servicio de Impuestos Internos.

Si bien la jurisprudencia no ha sido unitaria, se ha apoyado fuertemente la inexistencia de la “exclusión temática”, así se demuestra en las sentencias que citaremos a continuación y que concluyen que la exclusión temática no está permitida en nuestra legislación.

- La I. Corte de Apelaciones de San Miguel en Rol 320-2008, señaló en su considerando séptimo, que no es posible que la declaración de los testigos pueda dividirse o parcializarse o hacer exclusión de algún aspecto o tema de los referidos por la Fiscalía en la audiencia de preparación del juicio oral, teniendo además presente que no existe una norma positiva expresa que autorice tal división y que en el artículo sobre la exclusión de prueba no se considera la posibilidad de la división del testimonio, entendiéndose por tanto como una unidad, conclusión que es respaldada en la interpretación armónica de las normas del párrafo quinto del Título III del Código Procesal Penal.
- La I. Corte de Apelaciones de Concepción en Rol 452-2009, en el mismo sentido y basándose en lo dispuesto en el artículo 298 y 309 del Código Procesal Penal, que se refiere a la obligación del testigo de declarar la verdad sin ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración, y dando razón circunstanciada de los hechos acerca de los que declare, concluyó que resulta improcedente restringir los temas sobre los cuales pueda interrogársele, siendo el Tribunal el que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 297 del Código Procesal Penal, está llamado a valorar la prueba con libertad.
- La I. Corte de Apelaciones de Santiago en Rol 863-2006, realizó un razonamiento similar, partiendo de la base que el Código Procesal Penal en su artículo 309 inciso final, reconoce la existencia y validez de los “testigos de oídas”, al señalar que “Todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declarar, expresando si los hubiere presenciado, si los dedujere de antecedentes que le fueren conocidos o si los hubiere oído referir a otras personas”, lo que sumado al sistema de libre valoración de la prueba, que definen que son los Tribunales los que le deben entregar el valor que en derecho corresponda a la discutida probanza, teniendo además el juez presidente de la sala del juicio oral, amplias facultades para dirigir el debate, a fin de ordenar la rendición de la prueba e impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, resolvió que resulta injustificada la exclusión temática dentro del contexto de la declaración de un testigo, pues en el proceso penal se conjugan adecuadamente los derechos del imputado con las atribuciones del órgano persecutor.
- En el mismo sentido anterior resuelve la I. Corte de Apelaciones de Concepción en Rol 325-2009 y 53-2012, así como la I. Corte de Apelaciones de Chillán en Rol 235-2010.

Es importante considerar que el fundamento de la I. Corte en el fallo aquí analizado, se basa en una distinción entre los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos –como peritos– y los funcionarios policiales que participaron de la investigación –como testigos–, revocando el fallo recurrido sólo

respecto de éstos últimos, por considerar que dentro del marco de la investigación policial los testigos han efectuado una labor que abarca diversos aspectos que conforman un todo, que no puede separarse o parcializarse, y que la limitación que realiza la exclusión temática entrabaría su deposición.

No fundamenta el porqué de esta distinción entre peritos y testigos, la que a nuestro juicio es arbitraria, toda vez que en el trabajo que realiza un perito es igual o más importante la existencia de diversos aspectos que conforman un todo indivisible, precisamente por el hecho de que, a diferencia de un testigo, tiene que fundamentar una conclusión.

Lo mismo ocurre con el segundo de los argumentos entregados por la I. Corte, donde señaló que las declaraciones de los funcionarios policiales podrían ser refutadas o contrastadas por diversos elementos que formen parte de la estrategia de la defensa, y que la valoración de estas declaraciones quedaría entregada al Tribunal dentro del marco de la totalidad de la prueba rendida; argumentos que a nuestro juicio son absolutamente reproducibles respecto de los peritos.

b) La exclusión de pruebas constituye un control a posteriori

Las reglas de exclusión se encuentran establecidas primeramente en el artículo 276 del Código Procesal Penal, distinguiendo entre aquellas relacionadas a la relevancia o pertenencia de la prueba, y aquellas referidas a la prueba ilícita. Respecto de estas últimas, el citado artículo señala que el juez está llamado a excluir aquellas pruebas “que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales”. Del tenor literal de la norma se desprende su relación exclusiva con el momento de conformación u obtención de la prueba, y no con los momentos de presentación y valoración de ésta.

Acorde a lo anterior, podemos establecer que el artículo 276 del Código Procesal Penal constituye un control *a posteriori* de actuaciones o diligencias que al momento de ejecutarse hubieren infringido garantías constitucionales. El examen que debe hacer el Tribunal de Garantía al resolver una petición de exclusión de prueba, debe por tanto restringirse a determinar si el medio de prueba fue obtenido con infracción de garantías constitucionales, y no hacer una prognosis sobre un caso hipotético, futuro e incierto, en que pueda darse una vulneración de garantías al debido proceso en el desarrollo del juicio oral.

A nuestro parecer, las declaraciones de los contribuyentes y del acusado fueron obtenidas en un proceso legalmente tramitado de recopilación de antecedentes, sin violación de garantías fundamentales, por lo que no sería posible para el Tribunal excluir dichas pruebas.

Cabe recordar que la legalidad y constitucionalidad del proceso de recopilación de antecedentes está reconocida por el Tribunal Constitucional, a través del control preventivo de constitucionalidad, por lo que a nuestro juicio resulta contradictorio afirmar que en dicha etapa *a priori* se vulneraron garantías constitucionales³. En dicha resolución el Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad del artículo en cuestión, reconociendo sí un posible vicio de constitucionalidad en su eventual contradicción con el artículo 80 A (hoy 83) de la Constitución Política, pero superándolo a través del principio de interpretación “conforme a la Constitución” que consistió, en entender que la recopilación de antecedentes que puede practicar el Servicio de Impuestos Internos “no importa ni puede constituir una investigación de aquellas que se mencionan en el artículo 80 A”, teniendo sólo un carácter administrativo.

A nuestro juicio debemos partir de la base de que la prueba se obtuvo en forma legal, y sin vulneración de garantías constitucionales, toda vez que el artículo 161 N°10 del Código Tributario faculta al Servicio de Impuestos Internos para recopilar los antecedentes que habrán de servir de fundamento a la decisión del Director de denunciar o presentar querrela. Con el objeto de llevar a cabo la recopilación de antecedentes la ley autoriza al Director a ordenar la aposición de sello, la incautación de los libros de contabilidad y demás documentos relacionados con el giro del negocio del presunto infractor, pudiendo recurrir al auxilio de la fuerza pública, pudiendo procederse con allanamiento y descerrajamiento si fuere necesario.

Además, en virtud de los artículos 34, 60 y 63 del Código Tributario, se faculta al Servicio a pedir declaración jurada o citar a cualquier persona, imponiéndoles además la obligación a los contribuyentes, los técnicos y asesores que hayan intervenido, de prestar testimonio bajo juramento sobre los puntos contenidos en una declaración de impuestos; teniendo también la facultad de examinar los inventarios, balances, libros de contabilidad y documentos del contribuyente, y de solicitar la confección de un estado de situación, y el Director tendrá las atribuciones para ordenar que el inventario se confronte con el auxilio de la fuerza pública, cuando exista oposición de parte del contribuyente.

3 En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional conociendo de causa Rol 1406-09, por un recurso de inaplicabilidad interpuesto por la defensa en la causa RUC N°0800491133-5, contra los artículos 34 y 161 N°10 del Código Tributario, señala que está impedido de examinar la posible inaplicabilidad del artículo 161 N°10 del Código Tributario por su posible contradicción con el artículo 83 de la Carta Fundamental, pues existe cosa juzgada constitucional (artículo 37 inc. 2 y 47 f) de la Ley 17.997), toda vez que ya fue conocido por dicho Tribunal con fecha 30 de abril de 2002, en el Rol N°349, al ejercer el control preventivo de constitucionalidad del proyecto de ley sobre normas adecuadoras del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, que contemplaba una modificación a dicho articulado.

Cada vez que el Servicio decide iniciar un proceso de recopilación de antecedentes, se determina un contribuyente que será objeto de análisis, períodos a analizar e hipotéticas irregularidades que se podrían cometer. Este análisis se reduce a un informe que el fiscalizador a cargo comunica a las autoridades correspondientes del Servicio, las que decidirán acerca de la interposición de las acciones criminales si correspondieren.

En este sentido, las declaraciones juradas tomadas a distintas personas respecto de hechos propios o ajenos, que fueron realizadas por los fiscalizadores del Servicio, deben ser corroboradas y apreciadas conjuntamente con otras fuentes de información obtenidas por éstos, por lo que bajo ningún punto de vista las declaraciones constituyen un dato o información por sí solo, sino que forman parte de un verdadero informe pericial que busca elaborar y justificar conclusiones. Este informe es normalmente acompañado a la denuncia o querrela que presenta el Director, y constituye parte importante de la investigación, ya que contiene documentos, declaraciones de imputados y testigos, además del cálculo del perjuicio estatal, y es incorporado a juicio como informe pericial a través de la declaración de los fiscalizadores del Servicio en calidad de peritos.

De esta forma los peritos no darían cuenta de las declaraciones de determinadas personas, sino de sus conclusiones y de la manera que llegaron a ellas, donde las declaraciones juradas tomadas serían sólo uno más de sus fundamentos.

Este proceso administrativo puede ser coetáneo a la investigación llevada por la Fiscalía, cuando el Servicio recopile antecedentes para otros contribuyentes, o en relación con otros períodos, o respecto de otras irregularidades, distintas de las ya denunciadas ante la Fiscalía, lo que también fue reconocido por el Tribunal *a quo*.

Naturalmente podría ser distinto el caso si durante el proceso de recopilación de antecedentes se hubiere vulnerado efectivamente garantías, excediéndose el Servicio en el ejercicio de sus facultades, lesionando por ejemplo, el derecho a la propiedad, a la intimidad o cualquier otro garantizado por nuestra Constitución Política. Se debe tener presente, en todo caso, que el Código Tributario contempla la posibilidad que los contribuyentes puedan reclamar de la legalidad del proceso de recopilación de antecedentes, esto en el artículo 161 N°10 inciso final, mecanismo jurisdiccional que puede trasladar a sede procesal penal la discusión acerca de la legalidad de dichas actuaciones, lo que por cierto no fue argumentado en el caso *sub-lite*.

c) No se vulnera el derecho a no autoincriminarse y a guardar silencio

La finalidad de la exclusión de prueba es evitar la violación a garantías constitucionales, teniendo su origen especialmente en la prohibición del uso de

fuerza física o moral para obtener declaraciones, a través de la disuasión de las autoridades de obtener pruebas vulnerando las garantías constitucionales de las personas⁴.

La protección de los derechos de no autoincriminación y de guardar silencio, consagrados en la Constitución Política en el artículo 19 N°7 letra f) y refrendados en el Código Procesal Penal, en su artículo 93 letra g), como también reconocidos en el plano internacional⁵, se refieren particular y exclusivamente a la sede penal y al sujeto en su calidad de inculpado. Debemos tener presente que el individuo reviste la calidad de imputado, en virtud del artículo 7 del Código Procesal Penal, desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, y por procedimiento debemos entender necesariamente el criminal.

Más aún, el artículo 98 del Código Procesal Penal, señala que la declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento, y agrega que el juez o, en su caso, el presidente del Tribunal, se limitará a exhortarlo a que diga la verdad y a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formularen. La redacción de este artículo viene a reafirmar la idea de que el deber del Tribunal es de no “recibir” la declaración del imputado bajo juramento, limitando la restricción tanto al sujeto del imputado como al momento de la audiencia.

En este mismo sentido el derecho a contar con un abogado, en virtud del artículo 102 del Código Procesal Penal, nace desde que se cita al imputado a una primera audiencia, aun cuando el imputado tenga derecho facultativo a designar un defensor desde la primera actuación del procedimiento; por lo tanto, nuevamente, el deber de cautela de garantías del Tribunal se limita al momento de la audiencia, y no a las actuaciones previas⁶.

Cabe hacer presente también que los peritos no van a declarar acerca de lo que le escucharon decir al imputado, sino que depondrán sobre su informe y es ese análisis y sus conclusiones lo que constituye el objeto de prueba, no un

4 DORN GARRIDO, Carlos. “Doctrina Procesal Penal. El Testimonio de Oídas y el Privilegio de no Autoincriminación”. En: *Revista de Derecho Consejo de Defensa del Estado*, N°8, Agosto 2003, págs. 111-122.

5 El Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 8° consagra “el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable” y en el mismo sentido el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 14.3 literal g) consagra el derecho “... a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable”.

6 Así lo ha resuelto la I. Corte de Apelaciones de Concepción en Rol 53-2012, de fecha 07 de febrero de 2012, donde en su considerando sexto señala que: “Ahora, ¿cuál es la oportunidad establecida en la ley? El artículo 102 del Código procesal Penal proporciona la respuesta al disponer que “la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado” con el fin evidente de que comparezca a ella con asesoría letrada, es decir, el derecho y la obligación nace desde que se cita al imputado a una primera audiencia”.

testimonio de oídas. Aun cuando los consideráramos como tal, la doctrina y la jurisprudencia nacional han sido contestes en considerar que las garantías de la no autoincriminación y el derecho a guardar silencio no alcanzan al testimonio de oídas respecto de los dichos del imputado, puesto que quien produce la declaración incriminatoria es un tercero y no el propio imputado, en este sentido el deber del Tribunal es abstenerse de recibir las declaraciones incriminatorias del propio acusado mas no de aquellas formuladas por terceros, como sería el caso de autos⁷.

Por su parte, la prohibición de recibir la declaración del imputado bajo juramento tiene dos finalidades: evitarle incurrir en perjurio, si miente; y evitarle incurrir en desacato, si se rehúsa a contestar. Ya hemos señalado que con la declaración de un testigo de oídas no se puede considerar que se esté autoacusando, pues lo mismo ocurre en este caso, toda vez que el imputado no podrá cometer perjurio ni desacato a través de la declaración de otro en el juicio oral, esto independiente de si ya cometió perjurio al momento de prestar la declaración ante el Servicio de Impuestos Internos, delito que es autónomo y que ya se encontraría consumado.

El testimonio de los peritos funcionarios del Servicio de Impuestos Internos que abarque la declaración prestada por el acusado ante ellos, aun cuando haya sido bajo juramento, es previa a la investigación penal, no rigiéndole las garantías que para dicho procedimiento se han consagrado, y por tanto el Tribunal no puede negarse de conocerlo, toda vez que tampoco le significa “recibir” la declaración del imputado, así como tampoco puede excluirla, toda vez que no fue “obtenida” vulnerando garantías, sino que bajo las facultades legales del Servicio de Impuestos Internos.

En el caso de auto el Servicio de Impuestos Internos en aplicación de las facultades consagradas en los artículos 34 y 60 del Código Tributario, tomó declaración al acusado con anterioridad al inicio de la investigación criminal, en este sentido, los funcionarios del Servicio actuaron siempre bajo el amparo de la normativa tributaria, y no estaban actuando por delegación del Fiscal, pues el proceso penal aún no se había iniciado, por lo que no tenían razón para ajustarse a las exigencias del Código Procesal Penal, por ejemplo en lo referido a la lectura de los derechos en calidad de imputado.

Lo anterior deja en evidencia que no se trató de una actuación ilegítima o ilegal infractora de garantías constitucionales, por lo que es injustificado excluirla por constituir una vulneración de garantías. Este argumento cobra aún más fuerza en el caso *sub-lite* toda vez que las declaraciones que el acusado prestó ante el Servicio son evidentemente exculpatorias y jamás reconoce ningún

7 DORN, ob. cit., págs. 111-122.

hecho o circunstancia que eventualmente puede configurar un delito, por lo tanto, en concreto, su derecho a guardar silencio nunca se verá comprometido.

d) No se vulnera el derecho a defensa, específicamente al contra examen

Por todo lo señalado en los puntos anteriores, se puede concluir que como la prueba es la declaración del perito y no el testimonio del contribuyente que fue entrevistado durante la etapa de recopilación de antecedentes, se puede afirmar que las defensas no quedan en indefensión alguna, toda vez que tienen a su disposición los medios suficientes para desvirtuar las conclusiones del perito, ya que lo pueden someter a un contra examen para que éste sea valorado positiva o negativamente por el Tribunal de fondo. Mismos argumentos que fueron esgrimidos por la I. Corte al revocar la resolución apelada respecto de la situación de los funcionarios policiales que declararían acerca de lo que escucharon decir a personas distintas de los imputados y que no fueron ofrecidas en la acusación.

Incluso podemos sugerir que la exclusión temática no podría impedir que el perito pueda de todas maneras expresar las conclusiones de rigor respecto de un contribuyente determinado, porque como se dijo más arriba, las declaraciones juradas son uno más de los antecedentes que son objeto de análisis para llegar a conclusiones específicas.

Por otra parte, el testimonio de oídas es una alternativa probatoria reconocida por la jurisprudencia nacional, en cuanto reconoce su apego a los principios que inspiran el Código Procesal Penal, y por tanto se permite la declaración de un tercero respecto de lo que le escuchó decir al propio imputado. Luego, es la propia defensa quien tiene las herramientas a su disposición para prevalerse de los medios suficientes para contradecir dicha declaración a través del ofrecimiento como medio de prueba propio al tercero no ofrecido por la Fiscalía, facultad que los defensores no ejercieron en el caso *sub-lite*.

Debemos tener en consideración también que el artículo 309 del Código Procesal Penal dispone de una serie de medios legales a fin de velar por la credibilidad, imparcialidad, objetividad e idoneidad de los testigos, considerando además que es el Tribunal de Juicio Oral el llamado a realizar la ponderación y valoración de la prueba presentada⁸.

8 En causa RUC 0800491133-5 seguida ante el 10° Juzgado de Garantía de Santiago, éste rechazó la solicitud de la defensa de excluir las declaraciones de los funcionarios del Servicio de Impuestos Internos, ya que sus informes policiales contenían testimonios de contribuyentes tomados con posterioridad a la denuncia del Director del Servicio ante la Fiscalía. La defensa interpuso un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra los artículos 34, 60 y 63 del Código Tributario, Rol 2479-13, el que fue declarado inadmisibile con fecha 17 de julio de 2013, por considerar que los preceptos legales impugnados no son aplicables ni decisivos en la gestión pendiente, toda vez que los incidentes de exclusión de prueba se encontraban ya con-

A mayor abundamiento, siguiendo el razonamiento del Tribunal, también debería haber vulneración de garantías en el caso en que el perito se refiriera a la declaración prestada por un testigo ofrecido como prueba, si en definitiva éste no compareciera al juicio oral por encontrarse impedido por algún caso de fuerza mayor, caso en que la defensa se vería igualmente impedida de contrastar directamente al testigo.

cluidos, pero el Tribunal resuelve que además el requerimiento carecería de fundamento plausible, hipótesis de inadmisibilidad del artículo 84 N°6, toda vez que el Código Procesal Penal en su artículo 309, dispone de una serie de medios legales para impugnar posteriormente las actuaciones de los testigos, a fin de velar por su credibilidad, imparcialidad, objetividad e idoneidad.

UNIDAD ESPECIALIZADA
EN RESPONSABILIDAD
PENAL ADOLESCENTE
Y DELITOS VIOLENTOS

LA SANCIÓN ACCESORIA DE TRATAMIENTO POR ADICCIONES Y LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

María José Taladriz Eguiluz
Eva Curia Castro¹

I. Introducción

Si bien, la mayoría de los adolescentes que presentan consumo problemático de drogas no cometen delitos, existe un porcentaje importante de aquéllos que infringen la ley penal que sí presenta problemas de drogadicción. Al respecto, se ha identificado dentro de los factores de riesgo de reincidencia, el abuso de alcohol y drogas, teniendo presente, que en los individuos, las sociedades y las oportunidades delictivas, existen diversos agentes que hacen más probable el delito y las carreras criminales y que en ninguno de estos ámbitos hay una explicación suficiente para la delincuencia, sino que todos ellos interaccionan entre sí².

El consumo problemático de drogas y alcohol es considerado uno de los factores dinámicos de reincidencia³, el que de no detenerse a tiempo, puede ocasionar consecuencias irreversibles para la salud, transformándose en un factor estático predictivo sobre conducta antisocial. En este sentido, los estudios en adolescentes demuestran que el tratamiento de rehabilitación por adicciones puede disminuir las tasas de abuso de drogas en un 50% y la actividad delictiva en un 80%, así como también, reducir las detenciones hasta en un 64%⁴.

- 1 Abogadas de la Unidad de Responsabilidad Penal Adolescente y Delitos Violentos, Fiscalía Nacional, Ministerio Público.
- 2 **ANDREWS, D.A. y BONTA, J.** citados en **REDONDO, Santiago.** Individuos, sociedades y oportunidades en la explicación y prevención del delito: Modelo del Triple Riesgo Delictivo (TRD). En: *Revista Española de Investigación Criminológica* [en línea]. Artículo 7, Número 6, 2008. Disponible en: www.criminologia.net. [fecha de consulta: 12 septiembre 2013].
- 3 Los factores de riesgo pueden ser estáticos o dinámicos, según su estabilidad en el tiempo. Los factores estáticos son los inherentes al sujeto y a su pasado, como su historial delictivo, su impulsividad o su psicopatía, que contribuyen al riesgo actual pero que no pueden generalmente modificarse. Por su parte, los factores dinámicos son sustancialmente modificables, como tener amigos infractores o el consumo de drogas.. Sobre esta materia, ver **REDONDO, Santiago y PUEYO, Antonio.** La psicología de la delincuencia [en línea]. Barcelona, España: Universidad de Barcelona, 2007. Disponible en: <http://www.papelesdelpsicologo.es/vernumero.asp?id=1499> [fecha de consulta: 23 Octubre 2013]
- 4 **NIDA,** Principles of Drug Abuse Treatment for Criminal Justice Populations. 2006. Citado en *Orientaciones Técnicas Tratamiento del consumo problemático de alcohol y drogas y otros trastornos de salud mental en adolescentes infractores de ley.* Área Técnica de

Investigaciones sobre la materia dan cuenta que aproximadamente el 50% de los adolescentes que cometen delitos presentan una relación problemática con la droga⁵.

En efecto, de los adolescentes que cumplen sanciones privativas de libertad, la dependencia total a las mismas alcanza aproximadamente al 50% de los menores de edad afectos a dichas sanciones, lo que indica, que al menos la mitad de los adolescentes en internación en régimen cerrado y semicerrado requieren de tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas⁶. Por su parte, tratándose de adolescentes con sanciones ambulatorias, un 30% declara dependencia por alguna droga⁷, lo que evidencia la necesidad de contar con tratamientos de rehabilitación en la población adolescente infractora de ley penal, especialmente si se considera que “*al reducir la probabilidad de reincidencia en el consumo, también disminuye la probabilidad de reincidencia en la comisión de delitos y a la inversa*”⁸.

Además, cabe tener presente que el Estudio de Prevalencia y Factores Asociados al Consumo de Drogas en Adolescentes Infractores de Ley desarrollado por la Pontificia Universidad Católica de Chile, el año 2007, da cuenta de la elevada disposición de los adolescentes infractores condenados, a recibir ayuda, con el fin de reducir o dejar las drogas, lo que se manifiesta especialmente en la población afecta a sanciones privativas de libertad⁹.

En este sentido, la Ley N°20.084 ha dispuesto respuestas con contenido rehabilitador, a través de la sanción accesoria prevista en su artículo 7°, de la sanción de internación en régimen cerrado regulada en el artículo 17 y en la libertad asistida especial contenida en el artículo 14 de la misma. Dicha rehabilitación también puede contenerse en la salida alternativa de la suspensión condicional del procedimiento, por medio de la imposición de condiciones que deriven a tratamiento, de conformidad con el artículo 41 de la citada ley.

Tratamiento y Rehabilitación del Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE) del Ministerio del Interior, Subsecretaría de Salud Pública del Ministerio de Salud, Departamento de Derechos y Responsabilidad Juvenil del SENAME, 2007, p. 20.

5 *Estudio de prevalencia y factores asociados al consumo de drogas en adolescentes infractores de ley*. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Instituto de Sociología UC, Santiago, Chile, Octubre de 2007, p. 5.

6 *Estudio de prevalencia y factores asociados al consumo de drogas en adolescentes infractores de ley*, ob. cit., p. 24.

7 *Estudio de prevalencia y factores asociados al consumo de drogas en adolescentes infractores de ley*, ob. cit.

8 *Consumo problemático de drogas. Tratamiento en personas que han cometido delitos*. Área Técnica de Tratamiento y Rehabilitación. Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes (CONACE). Ministerio del Interior. Santiago, Chile, 2008, p. 7.

9 *Estudio de prevalencia y factores asociados al consumo de drogas en adolescentes infractores de ley*, ob. cit., págs. 25 y 45.

Por su parte, el Fiscal Nacional a través del Oficio FN N°483/2009, de 18 de agosto de 2009, ha dispuesto que *“Los fiscales deberán solicitar la sanción del artículo 7° de la Ley N°20.084, cada vez que existan antecedentes que permitan sostener que el imputado es consumidor problemático de drogas o alcohol¹⁰”*. En el mismo orden, ha estimado conveniente atendida las especiales características de la etapa de desarrollo en que se encuentran los adolescentes, *privilegiar la utilización de las suspensiones condicionales con derivaciones a tratamiento, si éstos presentasen consumo problemático de drogas, y existiese la adecuada oferta local para tratar dicha adicción¹¹*.

Pese al marco normativo señalado, a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley N°20.084, que establece como una de las finalidades de la sanción, la plena integración social de los adolescentes, y a la evidencia de necesidad de tratamiento en la población adolescente infractora, se ha constatado la subutilización de la sanción accesoria en el circuito penal. Nótese que desde la fecha de entrada en vigencia de la Ley N°20.084¹² al 31 de diciembre de 2012, se decretaron 458 sanciones accesorias de tratamiento por rehabilitación de drogas y/o alcohol¹³, en un total de 115.716 sentencias definitivas condenatorias¹⁴, correspondientes al mismo período de medición, lo que representa la aplicación de dicha sanción accesoria sólo en el 0,39% de los casos terminados por sentencia condenatoria, lo que llama la atención si se considera que desde un punto de vista político criminal, por primera vez en Chile se abordó esta problemática desde la perspectiva de los adolescentes infractores de ley penal con miras a la reinserción social, existiendo oferta disponible en el sistema.

En el presente artículo se esbozarán las argumentaciones jurídicas necesarias para sustentar la procedencia de la sanción accesoria de derivación a tratamiento con fines de rehabilitación por adicción a drogas y/o alcohol, desde la perspectiva de que estas medidas pueden tener un impacto positivo en la inserción de un adolescente que delinque, previniendo su reingreso al sistema penal, advirtiendo desde ya, que este documento no pretende hacerse cargo de si la decisión de política criminal adoptada por el legislador para abordar el consumo problemático del adolescente infractor mediante la aplicación de una sanción accesoria, fue la más idónea. Si bien, circunscribiremos el análisis a esta sanción, hacemos presente desde ya, que éste también puede hacerse extensivo a las solicitudes de suspensiones condicionales con contenido rehabilitador.

10 Oficio FN N°483/2009, de 18 de agosto de 2009, p. 16.

11 Oficio FN N°483/2009, ob. cit., p. 10.

12 La Ley N°20.084 entró en vigencia el 8 de junio de 2007.

13 Información extraída del Sistema de Apoyo a Fiscales (SAF), al 15 de septiembre de 2013.

14 Dato extraído de la tabla N°48 del Boletín Estadístico del Ministerio Público año 2012.

Para ello, revisaremos la normativa interna, la historia de la ley, la jurisprudencia de las diversas Cortes de Apelaciones del país sobre la materia, para finalmente analizar las normas del derecho internacional de los tratados que deben incidir en la aplicación de estas instituciones, en el entendido que la Ley N°20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente no es autosuficiente, no sólo por la aplicación supletoria del Código Procesal Penal y del Código Penal, en razón de lo dispuesto en los artículos 1° y 27 de la misma ley, sino también porque las autoridades deben tener en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos al adolescente en la Constitución, las leyes, la Convención de los Derechos del Niño y los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile, que se encuentren vigentes, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 2 de la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, en adelante Ley N°20.084 o LRPA.

II. Normativa interna

El artículo 7° de la Ley N°20.084 establece como sanción accesoria, el sometimiento a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol del adolescente infractor de ley penal, en los siguientes términos:

“Artículo 7°.- Sanción accesoria. El juez estará facultado para establecer, como sanción accesoria a las previstas en el artículo 6° de esta ley y siempre que sea necesario en atención a las circunstancias del adolescente, la obligación de someterlo a tratamientos de rehabilitación por adicción a las drogas o al alcohol”.

La historia de la ley referida a esta norma informa la existencia de consenso parlamentario¹⁵, en torno a la idea de establecer el tratamiento de rehabilitación por adicciones, vía sanción accesoria. Si bien, el proyecto original de la Ley N°20.084 no contemplaba dicha sanción, ésta fue incorporada vía indicación parlamentaria. Al respecto, la indicación se fundamentó en que sería conveniente que existiera una obligación de someterse a un tratamiento de esta naturaleza para superar la adicción¹⁶.

Cabe mencionar que no obstante el mencionado consenso parlamentario, el Ejecutivo presentó la indicación N°118, en virtud de la cual proponía dictar sobreseimiento en los casos en que la conducta punible se haya ejecutado producto de la dependencia del alcohol o las drogas, debiendo remitirse los antecedentes al Tribunal de Familia competente, proponiéndose el mismo procedimiento, para los casos, en que bajo el mismo supuesto, el Ministerio

15 La indicación que incorpora la sanción accesoria al proyecto original, sólo tuvo una indicación parlamentaria en contra, la indicación N°116 presentada por el H. Senador Zaldívar (Andrés) quien solicitó suprimir la misma, desistiéndose con posterioridad (Ver Boletín de Indicaciones. Historia de la Ley N°20.084, p. 535 de 1207).

16 Segundo Informe Comisión Constitución. Historia de la Ley N°20.084, p. 309 de 1207.

Público haga uso del principio de oportunidad¹⁷. Sin embargo, la historia de la ley deja de manifiesto que los criterios de la indicación no fueron incorporados a la redacción definitiva de la norma.

En consecuencia, dicha sanción responde a lo sostenido por la literatura especializada¹⁸ y por el propio Reglamento de la Ley, que señala en cuanto a la rehabilitación por adicción a las drogas y al alcohol, que ésta resulta una parte clave para el proceso global de inserción social del adolescente infractor¹⁹, lo que responde a una de las finalidades contenidas en el artículo 20 de la Ley N°20.084. ANDREWS y BONTA sostienen “*que el efecto del tratamiento correccional es más intenso y positivo en términos de prevención de la reincidencia, que el de las sanciones penales no acompañadas del oportuno tratamiento*”²⁰ y “*estiman que los programas más efectivos son los que se centran en casos de especial riesgo, en hábitos y actitudes específicamente criminógenas y los que se ajustan a los estilos personales del penado*”²¹.

La sanción accesoria de rehabilitación puede ser de carácter ambulatorio o implicar internación en un centro especializado, según sea el caso, teniendo en consecuencia el carácter de privativo de libertad o no. Por ello, y de conformidad con el principio de accesoriidad, cuando se aplica junto con la sanción de internación en régimen cerrado, va a estar en general, condicionada al carácter de ésta²².

Sin embargo, el referido artículo 7° no es la única disposición de nuestra ley que dispone esta clase de medidas. En efecto, el artículo 14, que regula la libertad asistida especial, contempla la posibilidad de acceder a programas de tratamiento y de rehabilitación por consumo problemático de drogas en centros previamente acreditados por los organismos competentes. Si bien, ambas normas establecen la derivación a tratamiento sin señalar como requisito la consideración de la voluntad del adolescente, el legislador reguló de manera especial, el acceso voluntario a los mismos, en el caso previsto en el inciso

17 Segundo Informe Comisión Constitución. Historia de la Ley N°20.084, p. 703 de 1207.

18 En relación con el nexo droga-criminalidad, ha surgido un enfoque que busca prevenir el delito a través de la identificación y creación de ambientes en los que sea menos probable la comisión de delitos. Ver *Consumo problemático de drogas. Tratamiento en personas que han cometido delitos*, ob.cit., p. 32.

19 Chile, Decreto N°1.378, del Ministerio de Justicia, Reglamento de la Ley N°20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Diario Oficial del 25 de abril de 2007, Artículo 25.

20 ANDREWS, D.A. y BONTA, J. citados en GARCIA, Antonio y DE MOLINA, Pablos. *Tratado de Criminología*. 3ª ed., Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2003, p. 1009.

21 ANDREWS, D.A. y BONTA, J. citados en ob. cit., p. 1010.

22 BUSTOS, Juan. *El Derecho Penal del Niño-Adolescente*. Santiago, Chile, Editorial Jurídica de Santiago, 2007, p. 56.

2 del artículo 17 respecto del sistema de régimen cerrado de privación de libertad²³.

No obstante, atendido lo dispuesto en el artículo 31 del Reglamento de la Ley N°20.084 en las demás sanciones impuestas a un adolescente, se podrá acceder voluntariamente a tratamiento por vía del plan de intervención individual.

En relación a la obligatoriedad del sometimiento a tratamiento, las actas de la historia de la ley, dan cuenta de que los representantes del Servicio Nacional de Menores señalaron, no obstante posiciones contrarias²⁴, que había situaciones en que la condición de los adolescentes como consecuencia de la adicción, les impedía decidir si deseaban o no el tratamiento, razón por la que estimaban positiva una cierta imposición²⁵.

La Comisión, atendiendo lo señalado, acordó, por unanimidad, aprobar la indicación, sustituyendo en el inciso primero la palabra “medida” por “sanción”²⁶, sentando así, la idea de derivar a tratamiento de rehabilitación, como consecuencia del ilícito cometido por el adolescente. En este sentido, BUSTOS refuerza la idea de que el tratamiento dispuesto en el artículo 7 de la LRPA obedece a una sanción, al sostener *“que no se entiende, desde una perspectiva de técnica legislativa, la razón por la cual no quedó dentro del artículo 6 de la LRPA”*²⁷.

En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico dispone para los adolescentes sancionados por infracción a la ley penal, el ingreso a tratamientos de rehabilitación por adicciones en forma voluntaria, a través de los programas de intervención individual y de manera obligatoria, mediante la imposición de la sanción accesoria prevista en el mencionado artículo 7° de la ley.

Por su parte, el Reglamento de la Ley N°20.084, en sus artículos 25 y siguientes del Título II referido al tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o alcohol, establece una serie de normas para el cumplimiento de esta

23 Sobre la voluntariedad del tratamiento en las alternativas previstas por el legislador, BUSTOS ha señalado que esta ha sido dispuesta sólo para la sanción en régimen cerrado quedando “de todos modos abierto a que el juez en otros casos lo pueda establecer de modo obligatorio...” (BUSTOS, ob. cit., p. 43).

24 Opiniones del Centro de Alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales explicó que “es dudosa la eficacia del tratamiento de rehabilitación de las drogas y del alcohol impuesto como sanción, toda vez que éste exige la voluntad del joven de abandonar la adicción”. En el mismo sentido la Corporación Opción recomendó eliminar esta sanción accesoria “puesto que es materia de protección especial de derecho” (ver Segundo Informe Comisión Constitución. Historia de la Ley N°20.084, p. 704 de 1207).

25 Segundo Informe Comisión Constitución. Historia de la Ley N°20.084, p. 309 de 1207.

26 Segundo Informe Comisión Constitución. Historia de la Ley N°20.084, p. 309 de 1207.

27 BUSTOS, ob. cit., p. 43.

sanción, dentro de las cuales destacan los artículos 25 y 29 que regulan el marco de intervención y los programas de tratamiento en los que debe adscribirse la sanción accesoria, los que contarán con la asesoría del Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) y del Ministerio de Salud, respectivamente, según determine el tribunal. Además, se dispone en el artículo 30 del Reglamento que dichas instituciones deben informar trimestralmente la oferta programática vigente en cada comuna para las sanciones no privativas de libertad.

Aunque nos hemos referido a la derivación a tratamiento en razón de una condena, la Ley N°20.084 también permite acceder a rehabilitación por consumo problemático de drogas y alcohol, a través, de la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, consagrada expresamente en el inciso final de su artículo 41. Sin embargo, esta institución procesal no se encuentra especialmente regulada en esta ley, por lo que debe aplicarse íntegramente la regulación contenida en el párrafo 6° del Título I, del Libro II del Código Procesal Penal, por la aplicación supletoria de sus normas, en razón de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley N°20.084.

En relación a esta salida alternativa del procedimiento, cabe hacer dos precisiones referidas al cumplimiento de los requisitos para su proposición. La primera, en cuanto a la exigencia prevista en la letra a) del artículo 237 del Código Procesal Penal, tratándose de imputados adolescentes, debe considerarse la regla de determinación de sanciones del artículo 21 de la Ley N°20.084. De este modo, y a diferencia de lo que ocurre con los adultos, tratándose de adolescentes, la aplicación de esta salida se extiende a un catálogo mayor de delitos que en el caso de los imputados mayores de edad.

Al respecto el Fiscal Nacional en el Oficio FN N°483 de 2009, ha dispuesto, tratándose de adolescentes que presenten consumo problemático de drogas, que una de las condiciones a establecer sea el sometimiento a tratamiento de rehabilitación por adicción a drogas, contemplando su procedencia a las siguientes situaciones: a) a los delitos de robos con violencia e intimidación, en atención a la rebaja inicial de pena prevista en el artículo 21 de la LRPA, y para los casos con imputados adolescentes sin habitualidad delictiva, cuando no se haya hecho uso de armas de ningún tipo, siempre que concurren dos o más atenuantes y ninguna agravante; y b) al delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de drogas del artículo 4° de la Ley N°20.000, para el caso de imputados menores de 18 años, pero mayores de 14.

La segunda precisión, dice relación con el plazo de observación para el cumplimiento de la condición, toda vez que la Ley N°20.084 nada dice y el referido plazo no debe ser inferior a un año y tampoco superior a tres, según lo prescrito en el inciso 6° del artículo 237 del Código Procesal Penal. Ello no obsta a que si para el caso concreto, el adolescente requiere una intervención terapéutica por un período inferior a un año, el ente persecutor pueda com-

binar las condiciones y proponer al juez la disposición de las mismas, ya sea paralela o sucesivamente, de manera que éstas se ajusten a la intervención que el adolescente requiere y al plazo de observación que el Código Procesal Penal establece.

En consecuencia y de conformidad a la normativa interna, pueden acceder a tratamiento los siguientes adolescentes infractores de ley penal: aquéllos a los cuales se les haya aplicado por el juez como sanción accesoria, el someterse a tratamiento por consumo problemático de drogas o alcohol, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley N°20.084; los condenados a sanciones sean éstas privativas de libertad o no, que de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16 y 17 de la mencionada ley, requieran ser sometidos a tratamiento de rehabilitación y accedan voluntariamente a ello; y adolescentes imputados con los cuales se haya acordado como condición de la suspensión condicional del procedimiento, el someterse a tratamiento de rehabilitación a drogas o alcohol.

Si bien, no son pocas las disposiciones referidas a la materia, se advierte que existen problemas no resueltos por la legislación, especialmente en relación a la vigencia de la sanción prevista en el artículo 7° de la LRPA, frente a sanciones principales que no se mantienen en el tiempo, como sucede con la amonestación, la multa y la reparación del daño o con el estado de la sanción accesoria frente a eventuales modificaciones de la sanción principal con motivo de instituciones propias de la ejecución (quebrantamiento, sustitución y remisión). Finalmente y en el mismo sentido, no hay respuesta legal a la situación de cumplimiento de la sanción principal, en circunstancias en que se encuentra en curso el tratamiento del adolescente condenado, especialmente si se considera que la rehabilitación del adolescente constituye un factor clave en su reinserción social.

Finalmente, cabe destacar que con el fin de contar con instrumentos que permitan diagnosticar los casos de adolescentes con consumo problemático de drogas o alcohol y en consecuencia, con necesidad de tratamiento, el Ministerio Público, a través de las Fiscalías Regionales Metropolitanas, en conjunto con el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol (SENDA) ha desarrollado proyectos de Evaluación Clínica Diagnóstica y Tribunales de Tratamiento de Drogas, los que se enmarcan en la necesidad de tratamiento. Los primeros tienen por objeto contar con recursos humanos especializados en la realización de una evaluación diagnóstica en materia de consumo de drogas respecto a adolescentes infractores, que contribuya a la formulación de recomendaciones y, en definitiva, a la adopción por parte del Ministerio Público de decisiones técnicamente fundadas en cuanto a la solicitud de la sanción accesoria y la suspensión condicional del procedimiento; en tanto, los tribunales de tratamiento de drogas se ocupan de la

rehabilitación de los adolescentes por la vía de la suspensión condicional del procedimiento con supervisión judicial.

III. Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia

Antes de revisar la normativa internacional de los tratados, consideramos necesario analizar los fundamentos utilizados por diversas Cortes de Apelaciones del país para conocer la aplicación práctica de la sanción accesoria del artículo 7° de la LRPA, para lo cual nos centraremos en lo razonado por los tribunales superiores de justicia, atendida la falta de argumentación en las sentencias pronunciadas por los Tribunales de Garantía y del Juicio Oral en lo Penal con competencia en la Región Metropolitana²⁸.

Una sentencia relevante en esta materia, es la sentencia ICA de Valparaíso, Rol N°337-2010, de 19 de mayo de 2010, que conoce un recurso de nulidad presentado por la Defensa fundado en la causal del artículo 374 letra e) en relación a la letra d) del artículo 342, ambos del Código Procesal Penal, en contra de la sentencia que resolvió imponer la sanción accesoria, argumentando que la imposición de la referida sanción carece de razones legales y/o doctrinarias, por cuanto se trataría de una medida de seguridad y en consecuencia, se encontraría afecta al principio de legalidad, siendo procedente su aplicación sólo cuando el ilícito perpetrado esté conectado con la adicción, lo que a su juicio debería constatarse mediante peritaje psicológico, el que se habría omitido.

La Corte resolvió rechazar el recurso, por las argumentaciones contenidas en los considerandos tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno:

“TERCERO: Que el sistema de responsabilidad penal establecido en la Ley 20.084, pretende conciliar la asunción de responsabilidad con la idea de educar y reinsertar socialmente al joven que se ve involucrado en hechos delictivos, como lo demuestran los principios de preferencia de las sanciones no privativas de libertad y la preponderancia del principio educativo en la determinación y ejecución de las sanciones.

CUARTO: Que desde este punto de vista, la aplicación de la sanción accesoria del artículo 7° de la Ley 20.084 para un joven, que según da cuenta el registro de audio,

²⁸ Para estos efectos, se han revisado 28 sentencias pronunciadas por tribunales con competencia en materia penal, que se encuentran en el territorio jurisdiccional de la Región Metropolitana y en los que se ha efectuado evaluación clínica diagnóstica a los imputados adolescentes, cuyo resultado ha arrojado consumo problemático de drogas, según los criterios del CIE 10. En este grupo sólo es posible destacar la fundamentación de la sentencia del Juzgado de Garantía de San Bernardo, RIT 991-2013, RUC 1200005561-k, de 16 de agosto de 2013, en que se razona sobre la base del carácter preventivo de la sanción accesoria del artículo 7° de la LRPA, al sostener que “...podría ser beneficiosa para la resocialización y fundamentalmente para evitar reiteración de conductas refractarias, mediante la eliminación de un desencadenante de estas conductas”.

ha tenido problemas de droga, no resulta improcedente, más aún que el propio texto legal citado, esto es, artículo 7° de la Ley N°20.084, en parte alguna condiciona su aplicación, a la necesidad de que el ilícito perpetrado esté conectado con la droga.

QUINTO: Que teniendo la citada sanción el carácter de accesorio, obviamente que procede que después de la aplicación de una pena principal, de aquellas establecidas en el artículo 6° de la ley, con el objeto justamente de que junto a la sanción que debe imponerse, el joven pueda recibir un tratamiento de rehabilitación que le permita posteriormente insertarse socialmente, alejándose del consumo de la droga.

SEXTO: Que el artículo 7° de la Ley 20.084 en parte alguna ha señalado que la aplicación de la citada sanción, está sujeta a la conexión con el ilícito perpetrado, desde el momento que la citada norma lo único que requiere, es que la citada medida aparezca como necesaria en atención a las circunstancias del adolescente.

SÉPTIMO: Que el registro de audio, da cuenta que el joven XX, tiene problemas con drogas, y el hecho de haberse sometido voluntariamente a un tratamiento, no impide la aplicación de esta sanción que sólo va en su beneficio.

OCTAVO: Que en consecuencia, el Juez de la causa está facultado para aplicar la citada sanción, sirviéndole de fundamento el solo hecho de constatar la adicción, lo cual no fue controvertido en esta causa.

NOVENO: Que encontrándonos ante una facultad privativa del Juez, de acuerdo con las circunstancias que exhiba el joven, y habiéndose entregado por el Juez de la causa, los antecedentes por los cuales procede aplicar la citada sanción, esta Corte rechazará el citado recurso”.

Sin duda este fallo, es concordante con el tenor literal del artículo 7° de la Ley N°20.084 y con el espíritu del legislador reflejado en la historia de la ley, al señalar que el artículo 7° de la LRPA, en parte alguna condiciona su aplicación, a la necesidad de que el ilícito perpetrado esté conectado con la droga, en atención a que la citada norma sólo exige que el tratamiento de rehabilitación aparezca como necesario en atención a las circunstancias del adolescente, reconociendo que el fundamento de la sanción en análisis, es la constatación de la adicción.

Sobre este punto, cabe señalar que el referido artículo 7° en parte alguna ha señalado que para la aplicación de la citada sanción, el consumo problemático de alcohol y drogas deba estar vinculado con el ilícito perpetrado, desde el momento que la norma sólo requiere que la sanción accesoria aparezca como necesaria en atención a las circunstancias del adolescente, sin exigir un nexo causal droga-delito, a diferencia de lo que ocurre con la sanción accesoria de prohibición de conducir vehículos motorizados, que como prescribe el artículo 12 de la Ley N°20.084, puede imponerse cuando la conducta en que se funda la infracción por la que se condena al adolescente, ha sido ejecutada mediante la conducción de esta clase de vehículos.

Además, es necesario considerar que los factores que pueden incidir en la comisión de un delito son multicausales, circunstancia que se ha constatado reiteradamente en infractores de ley penal, especialmente en aquéllos que cometen delitos violentos, presentando uno o más correlatos y características individuales, entre los cuales, es posible mencionar: alteraciones neurológicas, impulsividad y tendencia al riesgo, escasas habilidades interpersonales y adicción a drogas, entre otros²⁹. En este sentido BROWNSTEIN y CROSSLAND sostienen que “*Aunque el hecho que las drogas y el crimen se encuentran frecuentemente juntos, o estén correlacionados, esto no demuestra su conexión causal*”. Más bien, *el delito y drogadicción poseen causas comunes; y para comprender adecuadamente su relación, hay que considerar factores sociales, culturales, químicos y biológicos*³⁰”.

Teniendo presente lo anterior, resulta lógico que el legislador no exija peritajes que den cuenta de dicha vinculación.

Por último, la sentencia, frente a la doble finalidad de las sanciones en materia de responsabilidad penal adolescente, a saber, conciliar la asunción de responsabilidad con la inserción social, refuerza la idea de que la rehabilitación por adicción constituye una de las formas necesarias para cumplir con la finalidad preventiva especial de la ley.

Otro fallo a destacar, es la sentencia ICA de Chillán, Rol N°27/2013, de 15 de febrero de 2013, que se pronuncia acerca de la necesidad de tratamiento que ha podido ser percibida en audiencia por los jueces. Los hechos que motivaron el recurso se originan en que el adolescente fue condenado el 18 de abril de 2008, a la pena de cinco años de régimen cerrado con programa de reinserción social como autor del delito de robo con violencia, sanción que fue sustituida el 10 de enero de 2012 por la de libertad asistida especial. Posteriormente, el 9 de julio de 2013, se le impone al adolescente, a petición de la delegada del programa de libertad asistida y del Ministerio Público, la sanción accesoria de sometimiento a tratamiento de consumo de drogas, ya que no había sido posible realizar la intervención respectiva. Finalmente, en audiencia de quebrantamiento, de 27 de agosto de 2013, el juez dispone el cumplimiento de la sanción originalmente impuesta por el tiempo que faltare, en ausencia del condenado.

La Corte para resolver el amparo preventivo presentado por la defensa, se refirió al informe del magistrado recurrido señalando: “...*que se ha procedido ajustado a la Constitución y a las leyes, con estricto apego a las formalidades legales, por lo que la presente acción de amparo solo busca eludir el cumplimiento estricto de*

29 ANDREWS, D.A. y BONTA, J. citados en REDONDO, ob. cit.

30 PACHECO, Mario. “CONSUMO DE DROGAS EN LA POBLACIÓN ADOLESCENTE INFRACTORA DE LEY”. Curso impartido a abogados de la Fiscalía Nacional, el 20 de Agosto de 2010.

la sentencia, en circunstancias que por el bienestar del amparado, lo expuesto por la familia de éste y lo señalado en audiencia por el propio defensor penal, se requiere de un tratamiento urgente para sanarlo de su drogadicción, haciendo presente que ya ha sido condenado por el delito de robo con violencia”.

Llama la atención que la necesidad de tratamiento es advertida a los intervinientes, por la institución encargada del programa de libertad asistida, ya que no había sido posible realizar la intervención respectiva del adolescente, debido al problema de consumo de drogas que presentaba, lo que impedía su inserción social. Asimismo, el caso deja en evidencia la derivación tardía a tratamiento del adolescente, por cuanto había sido condenado originalmente a internación en régimen cerrado, sanción que se sustituyó por libertad asistida especial, transcurriendo más de cinco años para derivar a tratamiento a una persona que lo requiere, quien sólo obtiene acceso a tratamiento en la fase final del cumplimiento de su condena.

Lo paradójico de esta situación, es que ambas medidas contemplan la posibilidad de acceder voluntariamente a los programas de tratamiento y de rehabilitación en drogas y alcohol, según lo disponen los artículos 14 y 17 de la Ley N°20.084. No obstante, la institución encargada del cumplimiento de la sanción principal solicita la imposición coercitiva del tratamiento por rehabilitación de drogas, vía sanción accesoria, lo que evidencia la necesidad de intervención obligatoria en determinados casos.

Por su parte, en sentencia ICA de Talca, Rol N°227-2012, de 29 de junio de 2012, se rechaza el recurso de nulidad interpuesto por la Defensa por la causal contemplada en el artículo 374, letra e) en relación con lo dispuesto en los artículos 342, letras c) y d) y 297, todos del Código Procesal Penal, en razón de la falta de fundamentación del tribunal respecto de la naturaleza de la sanción impuesta y de la falta de ponderación de los antecedentes médicos presentados por la Defensa, al no haberse desarrollado en el fallo, los antecedentes relativos a los informes periciales psicosociales ofrecidos en la audiencia de determinación de pena, en los cuales se concluía que el adolescente se encontraba en un proceso de reincorporación al sistema escolar y reestablecimiento de controles y tratamiento médico, que presentaba indicadores de lesión cerebral por el policonsumo de sustancias nocivas como la marihuana, el alcohol y sobretodo la pasta base de cocaína y en los que se recomendaba que el condenado continúe con la rehabilitación ya iniciada.

En cuanto a la alegación relativa a la falta de fundamento conforme al artículo 24 de la LRPA, la Corte establece que el considerando décimoquinto del fallo impugnado tuvo en consideración los criterios que señala el citado artículo, esto es, la gravedad del ilícito, la calidad de la participación y grado de ejecución, las circunstancias modificatorias de responsabilidad concurrentes, la edad del infractor, la extensión del mal causado y la idoneidad de la sanción para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las

personas y sus necesidades de desarrollo e integración social, todos los que la sentencia desarrolla “*adecuadamente, en concepto de esta Corte, haciéndose cargo de la normativa contemplada en el artículo 40.1 de la Convención sobre Derechos del Niño, en cuanto dispone que los niños infractores deben ser tratados de acuerdo con su particular dignidad, cuidando fortalecer valores y su integración a la sociedad, lo que encuentra reconocimiento legal en el artículo 2 de la ley citada, en el que se establece que en todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos, disponiéndose, entonces, de normas penales especiales que solo son aplicables a los jóvenes porque los medios punitivos y toda la actividad estatal ante el ilícito tienen en cuenta que han de ejecutarse sin desatender el interés superior del niño,...*”.

En relación con la sanción accesoria, la Corte en su considerando quinto establece que la sanción prevista en el artículo 7° de la Ley N°20.084, se encuentra “*fundada en los informes acompañados o hechos valer por la defensa, por un lapso no superior al que dure la condena principal, en el centro o establecimiento de salud mas cercano a su domicilio*”.

El fallo es relevante por cuanto integra la normativa nacional con la internacional pertinente, utilizando el artículo 40.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el principio del interés superior del adolescente, para fundar su decisión.

Además, la sentencia es destacable en materia de sanción accesoria, por cuanto fundamenta su imposición en los antecedentes periciales presentados en juicio, limitando el tiempo de duración de la misma a la extensión de la condena principal.

Sobre este último aspecto, consideramos que la limitación temporal a la vigencia de la sanción principal es acorde con el principio de proporcionalidad existente entre la gravedad del ilícito cometido y la intensidad de la sanción principal impuesta para determinar la aplicación de la sanción accesoria y con el principio de accesoriedad, en virtud del cual, la sanción accesoria es complementaria de otra, de la cual depende y sigue su suerte.

No obstante, las decisiones de las Cortes que hemos analizado, consideramos importante resaltar la sentencia ICA de Copiapó, Rol N°179-2010, de 6 de septiembre de 2010, que desarrolla una interpretación errónea en cuanto a la procedencia de la sanción accesoria, al establecer un requisito que excede las exigencias previstas por el legislador en el artículo 7° de la Ley N°20.084. En efecto, la Corte condicionó la imposición de la misma a la concurrencia de una o más de las conductas típicas sancionadas en la Ley N°20.000 o Ley de drogas, al disponer en su considerando séptimo: “*Que, a mayor abundamiento cabe señalar que la intención del legislador, es de sancionar a los adolescentes que*

consumieren alguna de las drogas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas de que hace mención el artículo 1° de la Ley 20.000 en lugares como los que señala el artículo 50 y también a los que tengan o porten en esos lugares las drogas o sustancias indicadas para su uso o consumo personal exclusivo y próximo en el tiempo”.

Si bien, estas sentencias constituyen un avance en materia de responsabilidad penal adolescente, se extraña, en general, la utilización de la normativa internacional en la fundamentación de las decisiones jurisprudenciales en relación a la sanción accesoria de tratamiento por rehabilitación a adicciones. Por ello, en el próximo apartado ahondaremos en el análisis de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, que resultan aplicables en la intervención con adolescentes condenados por infracción a la ley penal, que presentan consumo problemático de drogas y/o alcohol.

IV. La Convención sobre los Derechos del Niño en la sanción accesoria del artículo 7°

La reflexión en torno a la Convención sobre los Derechos del Niño³¹ se hace fundamental en esta materia, si se considera que la correcta aplicación de la Ley N°20.084 debe orientarse conforme a los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes infractores en la Constitución, en las leyes y en la Convención, así como también en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 2° de la LRPA. Si bien, nos centraremos en las garantías de la Convención que ilustran acerca de la procedencia de tratamientos para adolescentes en conflicto con la justicia penal, resulta necesario vincular las mismas con las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)³², las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)³³; y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad³⁴, teniendo en consideración la Observa-

31 Con fecha 26 de enero de 1990 el Gobierno de Chile suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, el 20 de Noviembre de 1989, siendo ratificada el 13 de agosto de 1990. La Convención entró en vigencia el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con su artículo 49.

32 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

33 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

34 Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

ción General N°10 del año 2007 del Comité de los Derechos del Niño, sobre los derechos del niño en la justicia de menores³⁵.

En relación a la responsabilidad penal adolescente, los modelos de atribución de la misma dan cuenta de las características que debe tener la respuesta estatal frente a la comisión de delitos por parte de los mismos. Estos modelos han transitado desde aquellos que consideran al adolescente como objeto de derechos a aquellos que le dan un tratamiento de sujeto de derechos³⁶. Es así como frente a las críticas al modelo tutelar, surgieron diversos modelos centrados en la responsabilidad del adolescente, algunos con mayor tendencia a evitar la judicialización de los conflictos penales adolescentes y la utilización de la justicia restaurativa y otros tendientes a la respuesta educativa estatal. Todos con un denominador común, consistente en el tratamiento penal diferenciado al de los adultos³⁷.

La Convención se enmarca en el modelo de responsabilidad o de justicia: doctrina de la protección integral de los derechos del niño, el cual “*afirma la posibilidad de aplicar consecuencias sancionatorias, restrictivas de derechos, a los menores de edad, derivadas del reconocimiento de su capacidad de autodeterminación*”³⁸. En consecuencia, el adolescente pasa a ser sujeto de derecho, responsable de sus actos, pero acorde a su nivel o grado de desarrollo conforme lo dispone el principio de autonomía progresiva³⁹.

Esta forma de atribución de responsabilidad penal adolescente se caracteriza por reconocer protección especial a los menores de dieciocho años y mayores de catorce, quienes siendo capaces de responsabilidad penal, son titulares de los derechos de los adultos además de los derechos propios, en consideración a las particularidades de su edad. Este modelo se vincula a la llamada doctrina de la protección integral de los derechos del niño, plasmada en diversos textos internacionales y particularmente en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. De esta última, surgen relevantes principios que rigen el

35 44° período de sesiones, 15 de enero a 2 de febrero de 2007, Ginebra.

36 Tradicionalmente se han distinguido cuatro modelos en la evolución del niño objeto de derecho a su consideración como sujeto de derecho: *modelo del discernimiento o de la inimputabilidad; modelo del sistema clásico penal*, que era el que contenía el Código Penal chileno antes de la entrada en vigencia de la Ley N°20.084; *modelo tutelar o de la situación irregular*, que recogía la Ley N°16.618 sobre Menores; *modelo educativo*; y *modelo de responsabilidad o de reconocimiento de los derechos del niño*. Ver BUSTOS, ob. cit. p. 11.

37 **MALDONADO, Francisco:** *La Especialidad del sistema de responsabilidad Penal de Adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación un tratamiento penal diferenciado*. En Revista Justicia y Derechos del Niño, N°6, Santiago, Chile, UNICEF, año 2004, p. 104.

38 **MALDONADO**, op. cit., p. 115.

39 Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

sistema como el de no discriminación, interés superior, autonomía progresiva, derecho a ser oído, derecho a defensa y derecho a salud, entre otros.

En este entendido es relevante tener en consideración el interés superior del niño contenido en el artículo 3° de la Convención y en el inciso primero del artículo 2° de la Ley N°20.084. Sobre éste, se ha dicho que es un principio rector-guía, o un principio/garantía. En tanto principio sirve para resolver conflictos de derechos en relación a los adolescentes, no sólo caso a caso, sino en el establecimiento de políticas públicas concernientes a los ámbitos jurídicos y sociales, constituyendo una orientación para el Estado. Por su parte, entendido el principio como garantía, resguarda los derechos consagrados a su respecto en la Convención, al establecer “*vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos*”⁴⁰.

Antes de la Convención el interés superior parecía remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo. Sin embargo, reconocido el amplio catálogo de derechos del niño, como lo hace este instrumento, no es posible sostener “una noción vaga” del mismo, debiendo abandonarse cualquier interpretación paternalista⁴¹ y aceptar aquellas que propenden a la plena satisfacción de sus derechos⁴².

Entendido el principio como la plena satisfacción de los derechos de los adolescentes, es preciso revisar las normas de la Convención que se encuentran en juego cuando un adolescente infractor de la ley penal presenta consumo problemático de drogas y alcohol.

En relación con los derechos de los adolescentes en conflicto con la ley penal, el artículo 40 de la Convención consagra garantías frente a la administración de justicia⁴³, reconociendo la necesidad de prevención especial al enfatizar “*la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (artículo 40.1)*”.

Por su parte, la Observación General N°10 del Comité de los Derechos del Niño del año 2007, refiriéndose al conjunto de principios fundamentales relativos al trato que debe darse a los adolescentes en conflicto con la justicia, establece en cuanto al deber de *fomentar su reintegración y el desempeño de una*

40 **CILLERO, Miguel.** “El interés Superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N°9, Santiago, Chile, UNICEF, 2007, p. 134.

41 **CILLERO**, ob. cit., p. 135.

42 **CILLERO**, ob. cit., p. 134.

43 El artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño contiene las siguientes garantías: principio de legalidad, presunción de inocencia, derecho a la información sin demora de los cargos, derecho a asistencia jurídica, pronta resolución, derecho a no auto incriminarse, derecho a revisión judicial de las decisiones, asistencia de intérprete y respeto de su vida privada.

función constructiva en la sociedad, que este principio se debe aplicar, observar y respetar durante todo el proceso de trato con éste, desde el primer contacto con los organismos encargados de hacer cumplir la ley hasta la ejecución de todas las medidas⁴⁴. Este mismo organismo sostiene que una política de justicia especializada en esta materia debe ir acompañada de un conjunto de medidas destinadas a prevenir la delincuencia juvenil, destacándose como uno de los elementos básicos de una política general en esta materia, siendo uno de los objetivos más importantes de la aplicación de la Convención, la promoción del desarrollo pleno y armonioso de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del adolescente (preámbulo y artículos 6 y 29), imponiendo como deber de los Estados, su preparación para asumir una vida individual y responsable en una sociedad libre (preámbulo y artículo 29), en la que pueda desempeñar una función constructiva con respecto a los derechos humanos y las libertades fundamentales (artículos 29 y 40), debiendo adoptarse diversas medidas para el ejercicio pleno y en condiciones de igualdad de los derechos a un nivel de vida adecuado (artículo 27), al disfrute, entre otros, del más alto nivel posible de salud y de atención sanitaria (artículo 24)⁴⁵.

El Comité reconociendo que a nivel de la comunidad se han obtenido resultados positivos en programas con estrategias de prevención centrada en los riesgos⁴⁶, dentro de los cuales se encuentra el abordaje oportuno de la drogadicción y el alcoholismo, en relación con las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (en adelante Directrices de Riad), ha convenido en que debe prestarse especial atención a las políticas de prevención que favorezcan la socialización e integración de todos los niños⁴⁷. Sobre el particular, estas Directrices establecen que, “*deberá prestarse especial atención a la adopción de políticas y estrategias generales de prevención del uso indebido, por los jóvenes, del alcohol, las drogas y otras sustancias.*” (Directriz N°25). Además, contempla la organización de diversos servicios y sistemas de ayuda para enfrentar la edad adulta, imponiendo el establecimiento de “*programas especiales para los jóvenes toxicómanos en los que se dé máxima importancia a los cuidados, el asesoramiento, la asistencia y a las medidas de carácter terapéutico*” (Directriz N°35).

Finalmente y reconociendo que es necesario establecer criterios y estrategias nacionales, regionales e interregionales para prevenir la delincuencia juvenil, las Directrices de Riad disponen que “*Los organismos gubernamentales deberán asignar elevada prioridad a los planes y programas dedicados a los jóvenes y suministrar suficientes fondos y recursos de otro tipo para prestar servicios eficaces, proporcionar las instalaciones y el personal para brindar servicios adecuados de*

44 Observación General N°10 del año 2007 del Comité de los Derechos del Niño, p. 6.

45 Observación General N°10 del año 2007 del Comité de los Derechos del Niño, págs. 7 y 8.

46 Observación General N°10 del año 2007 del Comité de los Derechos del Niño, p. 8.

47 Observación General N°10 del año 2007 del Comité de los Derechos del Niño, p. 8.

atención médica, salud mental, nutrición, vivienda y otros servicios necesarios, en particular de prevención y tratamiento del uso indebido de drogas y alcohol, y cerciorarse de que esos recursos lleguen a los jóvenes y redunden realmente en beneficio de ellos” (Directriz N°45).

Otro instrumento internacional importante de destacar por su carácter orientador que refuerza la normativa nacional referida al consumo problemático de drogas en los adolescentes infractores, son las Reglas de Beijing, que en su parte quinta indican que los adolescentes que se encuentren cumpliendo sanciones privados de libertad deben recibir los cuidados, la protección y toda la asistencia necesaria -social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que puedan requerir debido a su edad, sexo, personalidad y en interés de su desarrollo sano, destacándose en su comentario que la asistencia médica y psicológica es extremadamente importante para los toxicómanos condenados (Regla 26.2).

Por último, nos referiremos a las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad⁴⁸, una de las cuales se refiere a la necesidad de atención médica, en virtud de la cual, los “*servicios médicos a disposición de los adolescentes deberán tratar de detectar y tratar toda enfermedad física o mental, todo uso indebido de sustancias químicas y cualquier otro estado que pudiera constituir un obstáculo para la integración del joven en la sociedad*” (Regla 51).

En este orden de ideas, las normas internacionales ya citadas, dan cuenta de la relevancia del tratamiento para evitar la reincidencia de los adolescentes infractores de ley y para alcanzar su reinserción social, por cuanto reconocen en las adicciones por alcohol y drogas, un factor de riesgo, el que debe ser abordado oportunamente por el Estado, sobretodo si se tiene en cuenta que éste es un factor dinámico que puede convertirse en estático⁴⁹ causando graves consecuencias neurológicas, lo que atentaría contra el derecho a la salud consagrado en el artículo 24 de la Convención, que reconoce en su numeral 1, el derecho de los niños y adolescentes al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la misma, estableciendo que los “*Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios*”⁵⁰.

En conclusión la Convención sobre los Derechos del Niño, y los instrumentos internacionales a que se ha hecho referencia permiten destacar la necesidad de tratamiento tanto en el área de consumo problemático de drogas y alcohol como en todas aquellas que permitan al adolescente gozar plenamente

48 Reglas adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990.

49 Ver nota N°3.

50 Especialmente si se considera que los trastornos mentales y del comportamiento debido al uso de sustancias psicoactivas y al uso de alcohol, se incluyen en el CIE 10.

de sus derechos y que fortalezca el respeto de éstos por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, tanto así que la Corte Interamericana al resolver el caso Villagrán Morales señala que "...si los Estados tienen elementos para creer que los niños de la calle están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a permitirles que desempeñen un papel constructivo y productivo en la sociedad..." (punto 197 de la sentencia)⁵¹.

V. Comentarios finales

A propósito del carácter accesorio de la sanción prevista en el artículo 7° de la Ley N20.084, se advierte la existencia de problemas que no se encuentran resueltos en la LRPA, como la situación del adolescente que presenta consumo problemático de drogas o alcohol y se le impone una sanción principal que no se mantiene en el tiempo, como sucede con la amonestación, la multa y la reparación del daño. En el mismo sentido, no se regula la situación en la que el adolescente cumple la sanción principal, encontrándose aún en curso el tratamiento, especialmente si se considera que su rehabilitación constituye un factor clave en su reinserción social; así como tampoco se regula el destino de la sanción accesoria frente a eventuales modificaciones de la sanción principal con motivo de instituciones propias de la ejecución, como el quebrantamiento, la sustitución y la remisión, a que se refieren los artículos 52 y siguientes de la Ley.

Nuestro ordenamiento jurídico dispone para los adolescentes sancionados por infracción a la ley penal, el ingreso a tratamientos de rehabilitación por adicciones en forma voluntaria, a través de los programas de intervención individual y de manera obligatoria, mediante la imposición de la sanción accesoria prevista en el mencionado artículo 7° de la Ley, norma que en ningún caso excluye que el acceso por esta vía cuente con el consentimiento del adolescente.

Las sentencias judiciales analizadas han permitido advertir las argumentaciones de las defensas de los adolescentes que se han opuesto a la utilización de esta sanción accesoria, por la vía recursiva, entre otras, las siguientes: que la sanción contenida en el artículo 7° de la Ley N°20.084 tendría la naturaleza de una medida de seguridad y como tal se encontraría afecta al principio de legalidad, y en consecuencia sólo procedería su aplicación en cuanto el

51 **BELOFF, Mary.** *Los derechos del niño en el sistema interamericano.* 1ª ed. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 2004, págs. 71 y 72.

delito cometido se encuentre vinculado al consumo de drogas; que la sanción accesoria del artículo 7° exige demostrar que la adicción ha incidido decisivamente en la conducta ilícita del adolescente y que lo va a inducir a cometer nuevos delitos; que la aplicación de esta medida debe ser resguardada por las mismas garantías que rigen para las penas, y que es necesaria la realización de pericias que den cuenta de lo anterior.

Por su parte, en lo referido a dichas alegaciones, los fallos de los tribunales superiores de justicia han resuelto lo siguiente:

- La Ley N°20.084 tiene como finalidad conciliar la asunción de responsabilidad con la idea de reinsertar socialmente al adolescente que comete delito, relacionando esta última con la detección del consumo problemático de drogas y alcohol y su derivación a tratamiento.
- El artículo 7° de la LRPA en parte alguna ha señalado que la aplicación de la citada sanción, está sujeta a la conexión con el ilícito perpetrado. En consecuencia, el fundamento para utilizar la sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación por adicciones es la constatación de la adicción, la que es posible confirmar con las declaraciones de testigos, informes y/o pericias.
- Teniendo la sanción señalada el carácter de accesorio, evidentemente debe aplicarse como consecuencia de la imposición de una sanción principal de aquellas establecidas en el artículo 6° de la LRPA y, con el objeto de que el adolescente pueda recibir un tratamiento de rehabilitación que le permita insertarse socialmente.
- Algunos fallos se han hecho cargo de la extensión de la sanción accesoria, supeditando su duración a la vigencia de la sanción principal.
- Es necesario tener en consideración para solicitar y fundamentar la derivación a tratamiento de rehabilitación por adicción a las drogas o alcohol, vía sanción accesoria o suspensión condicional del procedimiento, las normas internacionales que consagran la importancia de promover la reintegración del adolescente y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad, para lo que resulta imprescindible la utilización oportuna de tratamientos contra las adicciones en términos de prevención de la reincidencia de los adolescentes infractores de ley. Ello da contenido al principio de efectividad de los derechos consagrado en el artículo 4° de la Convención, en virtud del cual, *“los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”*.

RECURSO DE NULIDAD DE LA DEFENSA RECHAZADO POR LA EXCMA. CORTE SUPREMA EN UN CASO DE HOMICIDIO A PROPÓSITO DE LA PROHIBICIÓN DE LECTURA DE REGISTROS Y DOCUMENTOS: INFRACCIÓN SUSTANCIAL DE DERECHOS O GARANTÍAS FUNDAMENTALES Y LA TRASCENDENCIA DE LA INFRACCIÓN

Juan Castro Bekios¹

I. Antecedentes

La Fiscalía Local de Iquique presentó acusación por el delito previsto y sancionado en el artículo 391 N°1 del Código Penal, a saber, homicidio calificado, basado en la circunstancia primera, esto es, alevosía, por cuanto "(...) el día 7 de agosto de 2011, aproximadamente a las 02:00 horas, los imputados C.B.S. y F.D.V., junto a un tercer individuo no identificado, ingresan al bar "D.R." ubicado en XXX, Iquique. Una vez en el interior, el imputado F.D.V. le indica a la víctima J.M.C., quien se encontraba desempeñando funciones de guardia en el acceso al bar, que los acompañara al baño de hombres de dicho local, lugar donde proceden a agredirlo, logrando reducirlo en el suelo. En particular, el imputado F.D.V. y el sujeto no identificado lo mantienen sujeto de pies y manos, mientras el imputado C.B.S. procede a dispararle con un revólver marca Taurus 38 en la zona abdominal. Producto de dicho disparo, J.M.C. muere momentos después por una hipovolemia aguda severa traumática causada por la herida de proyectil de arma de fuego sin salida".

La mentada acusación fue conocida en audiencia de juicio oral, la que se siguió ante el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, que recibió y ponderó la prueba de cargo presentada por la Fiscalía. Entre ella, con el objeto de acreditar la participación de los imputados, se encontraba el testimonio de un testigo presencial, prueba que tratándose del presente comentario será de capital importancia al momento de desechar la causal principal de uno de los recurrentes de nulidad, esto es, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, es decir, cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Una vez concluido el juicio y dictada la sentencia por el aludido Tribunal Oral, éste tuvo como hechos acreditados que: "(...) el día 7 de agosto de 2011, aproximadamente a las 02:00 de la madrugada, los imputados C.B.S. y F.D.V.,

1 Abogado Jefe de la Unidad de Asesoría Jurídica y Comunicacional, Fiscalía Regional I Región de Tarapacá, Ministerio Público.

junto a un tercer individuo no identificado, ingresaron al bar D.R., ubicado en XXX de esta ciudad, y una vez en su interior, estando los 3 dentro del baño con J.S.C., quien cumplía funciones como guardia, procedieron a agredirlo, logrando reducirlo en el suelo. En este contexto, mientras el citado F.D.V. y el sujeto no identificado lo sujetaban de pies y manos, C.B.S. le disparó a J.S.C. con un revólver marca Taurus calibre 38 en la zona abdominal, producto de lo cual falleció momentos después por una hipovolemia aguda severa traumática causada por la herida de proyectil de arma de fuego sin salida”².

Ahora bien, la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique resolvió en definitiva condenar a los acusados C.B.S. y F.D.V. como autores de un delito de homicidio simple, desechando parcialmente la tesis de la Fiscalía, en orden a que los hechos debían ser considerados como homicidio calificado, por la concurrencia de la circunstancia calificante de la alevosía.

Para desestimar la subsunción de los hechos que se tuvieron por acreditados por el tribunal en el tipo calificado del artículo 391 N°1 del Código Penal, el tribunal esgrimió como fundamentos para recalificar a la figura de homicidio del tipo básico los siguientes: *“Los hechos establecidos en el párrafo anterior, constituyen un delito de homicidio simple en la persona de J.S.C., previsto y sancionado en el artículo 391 N°2 del Código Penal, recalificando el ilícito de la forma antes descrita, al estimar que no concurre la circunstancia de alevosía, contemplada en el artículo 391 N°1 del Código Penal. En este sentido, se entiende, en primer término que la intervención de 3 sujetos, incluyendo 2 que sostenían al afectado y uno que disparó, constituyó precisamente la forma en que se llevó a efecto el ilícito, por lo que no puede ser considerada nuevamente para los efectos de agravar la pena. Además, los actos realizados por los hechos no implicaron en modo alguno una actuación sobre seguro, teniendo en cuenta las características físicas del occiso, específicamente su gran tamaño, el hecho de que incluso pudo forcejear por el arma con su agresor y la circunstancia de haberse cometido el ilícito en el lugar de trabajo de aquél, donde había un gran número de personas, incluyendo algunos amigos y compañeros de labores”³.*

No siendo el objetivo del presente texto, prescindiremos de profundizar acerca de las argumentaciones del tribunal para la recalificación de la figura típica por la cual acusó el Ministerio Público. Sin embargo nos pareció necesario mencionar, al menos de soslayo, las razones que se explicitan en el fallo con el objeto de darle un adecuado contexto a los hechos que abordamos.

2 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 31 de octubre de 2012, RUC N°1110024141-4, RIT N°143-2012, considerando 8°

3 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 31 de octubre de 2012, RUC N°1110024141-4, RIT N°143-2012, considerando 8°.

II. El recurso de nulidad y sus causales

Frente a la sentencia del Tribunal Oral de lo Penal de Iquique, las defensas de ambos imputados interpusieron recursos de nulidad fundados en diversas causales, previniendo desde ya que la que nos ocupará en esta oportunidad es la interpuesta como causal principal por la defensa del condenado C.B.S., la cual se asienta en la ya mencionada causal del artículo 373, letra a) del Código Procesal Penal.

Así entonces, sintetizando los diversos recursos y causales que se esgrimieron en contra de la sentencia del tribunal, y que dicho sea de paso fueron rechazadas en su totalidad por la Excm. Corte Suprema, fueron respecto del condenado F.D.V. únicamente la causal absoluta de nulidad establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a la letra c) del artículo 342 de nuestro Código de enjuiciamiento criminal, que dispone que el juicio y la sentencia serán siempre anulados cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342 letra c), del aludido código, esto es, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 del mismo cuerpo legal.

A su turno, la defensa del condenado C.B.S. invocó como causal principal de su recurso de nulidad la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal y, en subsidio de la anterior, esgrimió la causal absoluta de nulidad del artículo 374 letra e) del ya mencionado cuerpo legal, puesto que se habrían omitido los requisitos establecidos en el artículo 342, letras c), mencionada como principal y única tratándose del otro acusado, añadiendo en este caso una omisión en la sentencia de lo señalado en la letra d) del artículo 342 del mismo cuerpo normativo que exige que la sentencia contenga las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias para fundar el fallo.

Ahora bien, sin perjuicio de las demás causales que se hicieron valer, como ya se dijo, nos ocuparemos en este texto de aquella que nos ofrece mayor significación en este caso, a saber, la del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal que apunta a la aparente infracción sustancial de derechos o garantías fundamentales.

En efecto, dicho motivo de nulidad fue esgrimido por la defensa del condenado C.B.S., fundándose para ello en una infracción al debido proceso. En este orden de ideas, según el parecer de la defensa, la forma en que se habría producido la infracción denunciada se describe o contiene en el considerando 9° de la sentencia, que habría tenido por establecida la participación del, ahora condenado, C.B.S., fundamentalmente en consideración a lo señalado por el

único testigo presencial (en adelante T.P. o testigo presencial) que declaró en el juicio: “(...) *haber observado cuando, al interior del baño del local, 3 personas tenían reducido en el suelo al guardia de nombre J.S.C., procediendo uno de ellos a dispararle, para luego darse a la fuga 2 de los varones, logrando las trabajadoras y clientes retener al tercero, F.D.V., quien sería uno de los que tenía al afectado afirmado en el piso. Asimismo, luego del disparo, J.S.C. forcejeó el arma con su atacante, quedando ésta en sus manos, la que levantó junto a la cajera y puso a disposición del Carabinero que concurrió al lugar. Si bien, no pudo reconocerlos durante la audiencia de Juicio Oral, no queda duda que según el testigo el sujeto detenido esa noche participó en la acción consistente en sostener al occiso, y que reconoció a C.B.S. en unas fotografías que le exhibieron los policías esa tarde, aunque esta vez sin total seguridad*”⁴.

La infracción sustancial al debido proceso, en concepto de la recurrente, se produce del elemento probatorio que se incorpora mediante un reconocimiento fotográfico que se realizó durante la investigación, elemento que es considerado en la sentencia para determinar la participación de C.B.S. Añade la defensa que el único testigo presencial no reconoció durante el juicio oral al condenado C.B.S. como uno de los sujetos que interviene en los hechos que se tuvieron por acreditados por el tribunal, pero que a solicitud del Ministerio Público, el tribunal autorizó a éste la exhibición al mentado testigo presencial, de lo que la defensa denominó en su recurso “acta de reconocimiento visual fotográfico”, en la que constaba que el testigo presencial había reconocido a C.B.S. como la persona que le disparó a la víctima J.S.C. y a quien le arrebató el arma de fuego.

A continuación argumentó la defensa que en la audiencia de juicio oral se habría infringido por parte del tribunal el debido proceso, desde que se le permitió al Ministerio Público incorporar un antecedente prohibido, considerando como tal el referido reconocimiento fotográfico utilizado para contrarrestar la falta de reconocimiento por parte del testigo presencial durante el juicio, señalando que ese antecedente prohibido da cuenta de una diligencia policial. En consecuencia, la forma procesal que se infringe a juicio de la defensa, es aquella prescrita en el artículo 334 inciso primero del Código Procesal Penal, en tanto dicha norma prohíbe, exceptuando los casos previstos en los artículos 331 y 332, incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público.

Luego de ello argumenta que la extensión o alcance de la prohibición es coherente con el principio de que la prueba que ha de servir de base a una

4 Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 31 de octubre de 2012, RUC N°1110024141-4, RIT N°143-2012, considerando 9°.

sentencia, debe ser producida durante el juicio oral, puesto que de ese modo puede ser objeto de la necesaria contradicción.

En lo que concierne a los registros y demás documentos prohibidos de invocar o incorporar como medios de prueba, y que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público, se refiere la defensa tanto a los registros como a los documentos, puntualizando que dentro de éstos últimos se pueden mencionar los partes policiales, los informes policiales que den cuenta de órdenes de investigar, declaraciones de la víctima, de testigos o del propio imputado, consignadas por escrito y prestadas ante la policía y actas de reconocimiento de imputados, sea fotográfico o en rueda de personas.

Agrega el recurso que cuando el artículo 334 de nuestro Código Procesal Penal establece como prohibida la incorporación o invocación de éstos registros o documentos, deja sin embargo a salvo dos excepciones que nuestro legislador contempló en los artículos 331 y 332 del mismo cuerpo legal.

Conforme con la excepción establecida en el artículo 332, es posible dar lectura a declaraciones del acusado o de testigos prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, sea en apoyo de memoria, o bien para demostrar o superar contradicciones o solicitar las aclaraciones pertinentes. Sin embargo, el recurrente de nulidad expresa que dicha norma no permite sustituir la declaración de un testigo ausente por los registros de declaraciones previas, sino sólo confrontar la declaración del testigo presente con tales registros, ni tampoco sustituirla o confrontarla con registros policiales.

Sobre la base de lo anteriormente expuesto, la parte recurrente expone que el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique habría permitido que el Ministerio Público realizara el ejercicio de lectura que permite el artículo 332 del Código Procesal Penal con un acta de reconocimiento fotográfico de imputado, la que para la defensa corresponde a un registro de diligencia policial cuya incorporación o invocación como medio de prueba al juicio está prohibido por el artículo 334 del mismo Código.

Concluye la defensa alegando acerca del perjuicio que le ocasionó la infracción que denuncia en su recurso. En este sentido, discurre sobre la idea de que la participación de C.B.S. fue fundamentalmente establecida en base a lo que aportó el testigo presencial, sin embargo éste no pudo reconocer durante el juicio oral al ya condenado C.B.S., de forma tal que su participación en el hecho está fundada en un reconocimiento fotográfico que se hizo de éste último durante la investigación y que se introdujo en el juicio con infracción a lo establecido en el artículo 334 del Código Procesal Penal. Lo anterior importó una vulneración al debido proceso, por la incorporación de un elemento prohibido, que sin embargo fue sustancial en la decisión condenatoria que adoptó el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique respecto de C.B.S.

III. Acerca del rechazo del recurso de nulidad por parte de la Excma. Corte Suprema y sus fundamentos

La sentencia que resolvió los recursos de nulidad interpuestos en contra de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique fue pronunciada por la Excma. Corte Suprema el día 30 de enero de 2013.

Pues bien, dicha sentencia por una parte rechazó el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del condenado F.D.V., el que se sustentaba únicamente en la causal absoluta de nulidad establecida en el artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal, en relación a la letra c) del artículo 342 del mismo texto legal. A su turno, tratándose del recurso de nulidad interpuesto por la defensa de C.B.S., éste también fue rechazado tanto en su causal principal fundada en el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, como en su causal subsidiaria basada en el motivo absoluto de nulidad del artículo 374 letra e), en relación con la omisión de los requisitos que debe contener la sentencia exigidos por las letras c) y d) del artículo 342 del Código citado.

Como ya se adelantó, en esta ocasión vamos a concentrarnos en los fundamentos que tuvo la Excma. Corte Suprema para rechazar la causal del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal, concerniente a la infracción sustancial de derechos o garantías fundamentales.

Conforme a lo anterior, de la lectura del fallo podemos encontrar que se hacen cargo de los fundamentos para rechazar dicha causal los considerandos quinto y sexto, en tanto que el considerando cuarto⁵ del mismo se ocupa en gran parte de la transcripción de los registros de audio del juicio oral seguido ante el Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, en aquella parte de la declaración del testigo presencial en la que se realiza por parte de la fiscalía el ejercicio de lectura del artículo 332 del Código Procesal Penal y que la defensa impugna por infringir, a su juicio, lo dispuesto en el artículo 334 del mismo Código. En esta oportunidad, es menester mencionar que dichos audios del referido juicio oral se ofrecieron como prueba de la causal principal por parte de la recurrente de nulidad.

Continuando con la revisión del fallo que comentamos, el considerando quinto se ocupa de realizar una sinopsis de la declaración que prestó el testigo presencial y que hace referencia, a su vez, a la declaración que prestó ante funcionarios policiales, incluyendo la mención a la exhibición de unas fotografías en la que identifica a una persona, pero sin total seguridad, el cual contrastado con su declaración, correspondería al condenado C.B.S. A la vez, dicha síntesis incorpora el testimonio del funcionario policial de la Brigada de Homicidios Carlos Flores Huerta, quien menciona que al testigo presen-

5 Cfr. Corte Suprema, 30 de enero de 2013, Rol N°855-12, considerando 4°.

cial se le exhibieron álbumes fotográficos en los que reconoció al imputado C.B.S. como el sujeto que le disparó a J.S.C. y a quien le arrebató el arma de fuego, circunstancias que fueron repetidas después por el Jefe de la Brigada de Homicidios, Juan Carrasco Ortiz⁶.

Enseguida, el fallo de nuestro máximo tribunal se encarga de referirse al análisis que realiza el tribunal oral respecto de las pruebas de cargo que sirvieron para tener por acreditada la participación de los dos imputados en los hechos investigados, es decir, el ya mencionado C.B.S., quien habría sido el autor del disparo y de F.D.V., quien habría sido una de las personas que sujetaba a la víctima de pies y manos junto a un tercero desconocido. Así, señala la sentencia que revisamos que: *“...se sostiene en el considerando noveno –en lo que a este imputado cabe– que el testigo presencial “Si bien no pudo reconocerlos durante la audiencia de Juicio Oral... reconoció a C.B.S. en unas fotografías que le exhibieron los policías esa tarde, aunque esta vez sin total seguridad”. Ello se corrobora más adelante en el mismo considerando donde se afirma que “...se exhibieron los álbumes fotográficos a T.P., quien también reconoció a C.B.S. como el sujeto que le disparó a J.S.C. y a quien le arrebató el arma de fuego”. A ello se sumó la imputación precisa que hizo el joven Y.O.V.⁷ que sacó sin autorización el arma de fuego de su abuelo desde el lugar donde aquél la tenía guardada y la entregó a unos sujetos que conoció como el Negro y el Zarpao (F.D.V. y C.B.S., respectivamente)⁸, lo que hizo por temor, y a quienes reconoció en la audiencia, siendo uno de ellos, C.B.S.”⁹.*

Como consecuencia de lo expuesto anteriormente, el considerando quinto del fallo hace mención a la conclusión a la que arriba el tribunal oral, la cual se extrajo del considerando noveno de la sentencia dictada por éste, donde se indica: *“De esta manera logró ser probado que F.D.V., detenido por civiles esa noche al interior del D.R. corresponde al individuo que fue visto por el administrador del local sosteniendo a la fuerza a la víctima y que logró ser aprehendido al intentar huir, vinculándose a éste y a C.B.S., también identificado por el citado testigo ante los policías, con el revólver marca Taurus empleado para dar muerte a J.S.C., arma que les había sido entregada días antes por Y.O.V.”¹⁰.*

Por otra parte, el considerando sexto del fallo de la Corte Suprema comienza por delimitar con precisión el vicio denunciado por la parte recurrente, sosteniendo que éste consiste en que se haya permitido la exhibición de un reconocimiento fotográfico policial como apoyo de memoria al testigo presencial, lo

6 Cfr. Corte Suprema, 30 de enero de 2013, Rol N°855-12, considerando 5°.

7 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 31 de octubre de 2012, RUC N°1110024141-4, RIT N°143-2012, considerando 5°, letra f).

8 La referencia entre paréntesis es nuestra.

9 Cfr. Corte Suprema, 30 de enero de 2013, Rol N°855-12, considerando 5°.

10 Cfr. Tribunal Oral en lo Penal de Iquique, 31 de octubre de 2012, RUC N°1110024141-4, RIT N°143-2012, considerando 9°

que a juicio de la defensa se encuentra prohibido por el mandato establecido en el artículo 334 del Código Procesal Penal.

Enseguida, el considerando recién aludido se encarga de pronunciarse sobre la causal principal del recurso de nulidad de la defensa del condenado C.B.S., al cual hemos circunscrito nuestro comentario, señalando que: *“Sin embargo y sin perjuicio de lo que pueda decirse sobre la diligencia de exhibición en sí misma, del contexto que fluye de los antecedentes referidos en el motivo precedente surge, por una parte, que los jueces no ponderaron aquella gestión policial, sino que los dichos del testigo quien, según se lee de la sentencia, había declarado que efectuó una diligencia de reconocimiento ante funcionarios policiales y habría dicho que entonces identificó a una persona pero no con total seguridad, momento en el que se introdujo el contraste que impugna la defensa. Y, por otra parte, ocurre que suprimida tal actuación, el resultado consignado en el fallo es el mismo, puesto que hubo al menos dos funcionarios policiales que se refirieron al mismo reconocimiento fotográfico y que dijeron que en aquél, T.P. identificó a C.B.S., elementos de cargo que si bien carecen del mismo mérito que la declaración directa del testigo, no han sido impugnados por la defensa por tal motivo.*

De lo dicho resulta, en consecuencia, que aunque se hubiera producido la infracción, ella no se concretó porque el tribunal no ponderó el documento exhibido y, además, carece de trascendencia porque aquello que pudo eventualmente obtenerse a través del ejercicio que repugna a la defensa, se obtuvo por causa independiente y no objetada de ilegítima.

Siendo requisito indispensable para la procedencia de la nulidad, la existencia de infracción de carácter sustancial, su falta torna innecesario mayor análisis”¹¹.

Pues bien de la lectura del considerando sexto del fallo se pueden extraer algunas consideraciones de fundamental relevancia que se tuvieron en cuenta para la resolución del reclamo planteado por la recurrente y que en definitiva, nos llevarán finalmente a relevar el requisito de la sustancialidad y el principio de trascendencia, según diremos enseguida.

Lo primero que puede advertirse de la lectura de la primera parte del considerando transcrito, es que el fallo no se pronuncia explícitamente sobre la legitimidad o no del ejercicio de lectura que se realizó conforme al artículo 332 del Código Procesal Penal con la ya varias veces mencionada acta de reconocimiento fotográfico durante el transcurso de la declaración del testigo presencial, pues el fallo considera que a pesar de lo que pudiera decirse de la referida diligencia de exhibición propiamente tal, concluye que los jueces del tribunal oral no ponderaron aquella gestión, sino que el ejercicio de ponderación realizado por parte de los juzgadores se hizo respecto de la declaración que prestó durante el juicio el testigo presencial. En efecto, el testigo

11 Corte Suprema, 30 de enero de 2013, Rol N°855-12, considerando 6°

presencial durante el juicio señaló haber realizado una diligencia de reconocimiento con funcionarios policiales y que en aquella oportunidad y ante ellos habría identificado a una persona, pero no con toda seguridad, y fue justamente durante el transcurso de dicha declaración que se introdujo el contraste o confrontación respecto de la que la defensa reclama la referida infracción de garantías. En otras palabras, con ello quiere decirse que lo ponderado o valorado por los jueces del fondo fue la declaración del testigo presencial en cuanto a que en una oportunidad realizó un reconocimiento antes funcionarios policiales y en las condiciones y con los resultados que el mismo testigo señaló y no que lo ponderado o valorado por el tribunal haya sido la gestión impugnada.

De otra parte, también se extrae del fallo que si realizamos un ejercicio de supresión mental respecto de la diligencia impugnada por la recurrente, se llegaría exactamente a la misma conclusión condenatoria a la que los juzgadores arribaron, lo anterior debido a que respecto de la diligencia de reconocimiento fotográfico que se efectuó durante la investigación ante funcionarios policiales, no sólo fue el testigo presencial quien se refirió a ella, y por lo tanto, no es preciso lo que sostiene la parte que recurre de nulidad cuando señala en su recurso que la participación de C.B.S. fue establecida fundamentalmente con la declaración del testigo presencial y en particular con la diligencia que se impugna. Por el contrario, tal como lo expresa el considerando que comentamos, ocurre que efectivamente al menos dos funcionarios policiales, en particular de la Brigada de Homicidios, se refirieron de manera independiente al mismo reconocimiento fotográfico y señalaron que en dicha diligencia el testigo presencial identificó a C.B.S., reconociendo sí que dichos elementos de cargo no poseen el mismo mérito que la declaración directa del testigo presencial, pero que sin embargo, los testimonios de los dos funcionarios policiales no han sido impugnados por la defensa ni en aquella parte que se refiere a la diligencia de reconocimiento ni en otra.

Finalmente, el fallo en la parte final del considerando sexto, se coloca en la situación hipotética de que para el caso que se entendiera que se provocó la infracción que denuncia la recurrente, ocurre que de todas formas ella nunca llegó a concretarse. En primer lugar, porque el tribunal no ponderó o valoró el documento exhibido mediante el ejercicio del artículo 332 del Código Procesal Penal, pero a mayor abundamiento, dicha infracción carecería de trascendencia porque aquello que hipotéticamente pudo haberse obtenido mediante el ejercicio que reclama la defensa se obtuvo mediante causas independientes y que no fueron objetada de ilegítimas por la parte que recurrió de nulidad.

De esta manera entonces, en el último párrafo del considerando que comentamos se expresa que es un requisito indispensable la sustancialidad para la procedencia del recurso de nulidad por la causal que invocó la parte recurrente pues se requiere, según el propio tenor del artículo 373 letra a) del

Código Procesal Penal, que se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes en la cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia.

Pues bien, antes de referirnos al principio de trascendencia en relación al caso que nos ocupa, dedicaremos unas cuantas palabras al requisito de la sustancialidad exigido por nuestro legislador procesal penal, requisito que por lo demás, es una de las formas en que se manifiesta el principio de trascendencia en nuestra legislación procesal.

En este sentido, se ha dicho que una infracción sea sustancial significa: “Que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el efecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso. De ahí que se haya desestimado un recurso si se funda en la vulneración del debido proceso por haberse desconocido el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y por no haberse respetado la presunción de inocencia, basado en que el Presidente del Tribunal Oral en lo Penal dirigió preguntas al imputado, si la autoincriminación del imputado no tuvo influencia en la decisión definitiva”¹².

En este mismo orden de ideas, y sobre la base de la discusión acerca de los diferentes estándares para verificar la procedencia de las diversas causales de nulidad que establece el artículo 373 del Código Procesal Penal, es decir, al confrontar la infracción sustancial y la influencia en lo dispositivo del fallo, otro autor concluye que el principio de trascendencia está recogido en el artículo 373 letra a) ya citado, con la utilización que hace la norma del concepto sustancialidad. De esta forma concluye que: “En definitiva, y según se ha podido observar en la jurisprudencia, el perjuicio que se genera con ocasión de la vulneración de garantías debe manifestarse de manera efectiva y concreta en la sentencia de juicio, de manera tal que sea perfectamente constatable, que la reclamada vulneración de derechos fundamentales haya incidido en lo que en definitiva resolvió el tribunal, significando ello no sólo una sentencia condenatoria, sino que también, en la mayoría de las situaciones, una agravación infundada de la pena aplicada”¹³.

Es menester añadir además, que nuestra propia legislación procesal penal en la propia regulación del recurso de nulidad ha recogido nuevamente el referido principio de trascendencia cuando el artículo 375 del código del ramo se refiere a los defectos no esenciales, al señalar que no causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyen en su parte dispositiva. En este

12 CORTEZ, Gonzalo. *El Recurso de Nulidad*. 2ª.ed., Santiago, Chile, Editorial Lexis Nexis, 2006, p. 147.

13 RIEUTORD, Andrés. *El Recurso de Nulidad en el Nuevo Proceso Penal*. 1ª.ed., Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2011, p. 44.

mismo sentido, la presencia del principio de trascendencia en la norma citada ha sido recogido por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal¹⁴.

Con todo, resulta necesario mencionar que el rechazo del recurso de nulidad interpuesto por la defensa por parte de la Excma. Corte Suprema lo fue con el voto en contra del Ministro Sr. Haroldo Brito, quien estuvo por acoger la causal de nulidad de la letra a) del Artículo 373 del Código Procesal Penal que hiciera valer la defensa del acusado C.B.S., “(...) *por estimar que en la especie se infringió el derecho al debido proceso, al haberse autorizado el ingreso de un antecedente policial al debate del juicio que luego de ser valorado incidió sustancialmente en la resolución del asunto, constituyendo la causal de nulidad que señala el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal*”.¹⁵

En síntesis el voto de minoría expone que sobre la base del artículo 334 del código citado, no se puede incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieran cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público. Sin embargo, en el juicio el testigo dijo que no reconoció con seguridad a una persona, requiriéndose por la Fiscal la exhibición de un reconocimiento fotográfico practicado ante la policía, el que correspondería justamente a aquellos prohibidos en la norma señalada.

Agrega que si bien la diligencia de reconocimiento no fue invocada ni incorporada formalmente como medio de prueba en el juicio, sin embargo se dio lectura a ella entregándose información al declarante y los jueces, produciendo efectos, “(...) *puesto que antes de aquella, el testigo no pudo sostener que reconocía a C.B.S., no obstante lo cual debió leer en la audiencia que lo había reconocido ante la policía en unas fotografías que le fueron exhibidas.*”¹⁶

Añade que el reconocimiento es fruto de una diligencia ilegítima, pues sigue siendo una diligencia ante la policía que fue valorada por el tribunal en el considerando noveno de la sentencia del tribunal al referir que el testigo “(...) *reconoció a C.B.S. en unas fotografías que le exhibieron los policías esa tarde, aunque esta vez sin total seguridad*”.¹⁷ En consecuencia, con ello se habría materializado la trascendencia de la infracción, puesto que la declaración de los dos policías sobre el reconocimiento no podría utilizarse por ser testigos de oídas que pretenden suplir un testigo presente en el juicio.

Finaliza señalando, a su juicio, que la única imputación válida contra C.B.S. es la del testigo Y.O.V., quien señaló que C.B.S. es uno de los que le exigió el arma de su abuelo, pero que ello sólo prueba la posesión del arma, pero no

14 Cfr. Corte Suprema, 18 de enero de 2006, Rol N°5960-05, considerando 3°.

15 Corte Suprema, 30 de enero de 2013, Rol N°855-12, considerando 11°

16 Corte Suprema, 30 de enero de 2013, Rol N°855-12, considerando 11°

17 Corte Suprema, 30 de enero de 2013, Rol N°855-12, considerando 11°

que C.B.S. la haya utilizado y tampoco la autoría del disparo, con ello quedaría en evidencia la trascendencia de la infracción cometida.

Ahora bien, sin perjuicio de los razonamientos expuestos en el voto de minoría, insistimos en nuestra adhesión a lo razonado en el fallo de mayoría y que desechó el recurso de nulidad por la causal que comentamos.

En este orden de ideas, es menester añadir al menos dos consideraciones que nos llevan a sostener que efectivamente la supuesta infracción denunciada no tiene la trascendencia necesaria para tener que derivar en la nulidad del juicio y la sentencia.

En efecto, en primer lugar sostenemos que no es posible descartar o prescindir del testimonio de los dos funcionarios policiales que declararon ante el tribunal oral e hicieron referencia al reconocimiento que realizó el testigo presencial respecto de C.B.S., sobre todo si el fundamento esgrimido es la pretensión de suplir a un testigo presente en el juicio. Estimamos que la circunstancia de que el testigo presente en el juicio, que en la especie corresponde al testigo presencial, no haya podido durante la audiencia reconocer al acusado C.B.S. no inhabilita en ningún caso el testimonio de testigos de oídas que hayan presenciado un reconocimiento realizado anteriormente, máxime si el reconocimiento pretérito no ha sido lo impugnado en este caso. Pero tanto o más relevante que lo anterior resulta, que de adoptar lo propuesto e impedir la utilización como medio de prueba de los dos testigos funcionarios policiales, implicaría necesariamente un atentado contra el principio establecido en el artículo 295 del Código Procesal Penal, que conforme al principio de libertad de prueba que inspira nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, permite que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento pueden ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley.

En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior sostenemos que no se ha materializado la trascendencia de la infracción, pues en efecto siendo los testimonios de oídas completamente válidos le corresponde al tribunal de fondo efectuar la valoración de los mismos. A lo anterior se agrega que el propio considerando noveno de la sentencia del Tribunal Oral en lo Penal de Iquique es el que se ocupa de explicar de manera pormenorizada cuáles son los otros elementos de prueba que permiten tener por acreditada la participación de los acusados.

En este sentido, conviene tener presente que respecto a la conexión del arma que el propio testigo presencial levantó y entregó a personal de Carabineros, se construye en la sentencia el razonamiento necesario para explicar cómo en definitiva dicha arma fue la utilizada para dar muerte a la víctima y cómo tanto el testimonio del propio testigo presencial como de la persona que entregó el arma a los acusados y que reconoció a C.B.S., permiten concluir,

sin infringir las máximas de la experiencia ni los principios de la lógica, que fue C.B.S. el autor de los disparos, a diferencia de lo que se postula en el voto de minoría.

Conforme a lo anterior, consideramos que se hace manifiesto que la conclusión más adecuada es aquella que se planteó en el fallo de mayoría, pues tal como se expresó en él suprimida la actuación cuestionada, el resultado consignado en el fallo es el mismo y por lo tanto de haberse producido la infracción esta no se concretó.

IV. Conclusiones

Ahora bien, dicho lo anterior somos de la opinión que la resolución de la Excma. Corte Suprema se inclina en el sentido correcto de reconocer la vigencia de estos principios, de hecho la sentencia que comentamos es explícita al utilizar los conceptos de sustancialidad y trascendencia, que como procuramos explicar están estrechamente vinculados y tienen por objeto delimitar la procedencia de este medio de impugnación por la causal en examen. De este modo, no cualquier infracción de garantías y derechos fundamentales podría derivar necesariamente en la nulidad, es por ello que debe considerarse el estándar que imponen los requisitos expresos en la propia causal y los principios que están detrás de ella.

Conforme a ello podemos observar que la decisión de la Corte Suprema de rechazar el recurso de nulidad por la causal de infracción de garantías y derechos fundamentales del artículo 373 letra a) invocado por la recurrente, se ajusta a las disposiciones legales vigentes y a los principios que informan la misma. De lo contrario, no podría comprenderse que debido a una discutible infracción de garantías fundada en la vulneración del artículo 334 del Código Procesal Penal, basada en una diligencia o ejercicio de confrontación conforme a lo dispuesto en el artículo 332 del mismo Código con el ya mencionado reconocimiento, que siquiera fue tomado en consideración por los juzgadores al momento de ponderar la prueba, llegue a provocar la nulidad del juicio y la sentencia, máxime si como señala el propio fallo, las mismas conclusiones que se podían extraer de dicho ejercicio pueden obtenerse de una fuente totalmente independiente, como lo son los dos testimonios de los funcionarios policiales de la Brigada de Homicidios, quienes refirieron idénticas circunstancias respecto del reconocimiento fotográfico que tan impugnado resultó en el caso del testigo presencial civil y que en caso alguno fue cuestionado tratándose de los funcionarios policiales. Lo anterior nos lleva a concluir sobre la base del requisito de sustancialidad y del principio de trascendencia, que en nuestra opinión subyace tras el requisito mencionado, que el recurso intentado por la defensa no podía prosperar, ya que prescindiendo totalmente del ejercicio de confrontación denunciado por la defensa, de todos modos los juzgadores llegaban a idéntica convicción condenatoria. Es por estas mismas

razones, y sobre todo considerando lo dicho anteriormente sobre el principio de trascendencia, que adherimos al voto de mayoría y no así al voto en contra al rechazo del recurso del Ministro Sr. Haroldo Brito C. quien estuvo por acoger la causal principal de nulidad ya mencionada del recurso de nulidad interpuesto por la defensa del ahora condenado C.B.S.

Para concluir no queremos dejar de mencionar lo que acerca del recurso de nulidad y los principios que lo informan, entre ellos el de trascendencia, expresó Eduardo J. Couture y que mantiene permanente actualidad, al señalar que el principio de trascendencia: “(...) es el de que no hay nulidad de forma, si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio.”

La antigua máxima, *pas de nullité sans grief*¹⁸, recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, sino enmendar los perjuicios efectivos que pudieran surgir de las desviaciones de los métodos de debate cada vez que esta desviación suponga restricción de las garantías a que tienen derecho los litigantes.

Sería incurrir en una excesiva solemnidad y en un formalismo vacío, sancionar con nulidad todos los apartamientos del texto legal, aún aquellos que no provocan perjuicio alguno. El proceso sería como se dijo de sus primeros tiempos, *una misa jurídica*, ajena a sus actuales necesidades¹⁹.

Texto de la sentencia

Santiago, treinta de enero de dos mil trece.

Vistos:

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Iquique, por sentencia de treinta y uno de octubre de dos mil doce, condenó a F.G.D.V. y a C.E.B.S. como autores del delito de homicidio, a la pena de siete años de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos e inhabilitación absoluta para profesiones

titulares mientras dure la condena, sin costas.

Contra la mencionada sentencia, las defensas de ambos acusados dedujeron sendos recursos de nulidad que fueron admitidos a tramitación, fijándose audiencia para su conocimiento por resolución de fs. 88, la que se realizó el día diez de enero pasado y a la que comparecieron los abogados Sr. Claudio Fierro Morales y Sra. Pamela Pereira Fernández por los recurrentes y el Sr. Félix Inostroza Díaz en representación del Ministerio Público.

18 No hay nulidad sin perjuicio.

19 COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 4ª.ed., Argentina, Editorial B de F, 2010, págs. 317-318.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que por el *recurso* deducido por la defensa de C.B., se invocó como causal principal, la del **artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal**, denunciándose la infracción al debido proceso, lo que se produjo al tener por establecida la participación del acusado, considerándose para tal efecto la declaración del único testigo presencial, J.Á.T., quien dijo haber visto cuando, al interior del baño del establecimiento conocido como el D.R. de la ciudad de Iquique, 3 sujetos tenían reducido en el suelo al guardia de nombre Jimmy y que uno de ellos le disparó para luego huir 2 varones, logrando los clientes y trabajadores del lugar retener al tercero, que resultó ser F.D.V., quien sería uno de los que tenía afirmado al guardia en el piso.

Los jueces dejaron constancia en el considerando 9° de la sentencia impugnada que aunque ese testigo no pudo reconocer a B. en la audiencia, sí lo reconoció en unas fotografías que le exhibieron los policías esa tarde.

La infracción sustancial se produce con el elemento probatorio aportado por dicho reconocimiento fotográfico realizado durante la investigación y al que alude el fallo, puesto que el testigo no reconoció a B. en la audiencia y, a petición del Ministerio Público, el tribunal autorizó al fiscal para que exhibiera al testigo un acta policial de reconocimiento visual fotográfico donde constaba que ese testigo sí había reconocido a B. como el sujeto que disparó a

Jimmy y a quien le arrebató el arma de fuego.

El tribunal permite al persecutor incorporar un antecedente prohibido por las formas jurídicas, que daba cuenta de una diligencia policial de reconocimiento fotográfico, para contrarrestar la falta de reconocimiento del testigo en el juicio oral, contraviniendo el artículo 334 inciso 1° del Código Procesal Penal, que es coherente con el principio de que la prueba que servirá de base a la sentencia debe ser producida en el juicio oral para que pueda existir contradicción. Tal es el motivo de prohibir la incorporación de registros policiales, la que alcanza tanto a los documentos como a los demás registros que contengan diligencias de investigación realizadas por la policía o el ministerio público, sean partes, órdenes de investigar, declaraciones de la víctima, testigos o del mismo imputado, actas de reconocimiento, sean éstas fotográficas o en rueda de personas o de especies. Dentro de los registros prohibidos, estarían a juicio del defensor, las filmaciones, reconstituciones de escenas, fotografías de la misma actuación, grabaciones magnetofónicas de declaraciones de la víctima, testigos o del mismo imputado. Agrega que el control de prohibición debe ser ejecutado por el mismo tribunal.

Las excepciones a la norma están en los artículos 331 y 332 del mismo código, que consagran la declaración del testigo en forma directa en el juicio con excepciones que ratifican su presencia ante las demás partes; y la posibilidad de confrontar a un tes-

tigo con declaraciones previas, pero con dichos realizados con ciertos requisitos.

Alega la defensa que la infracción denunciada ha causado perjuicio a su representado, porque el único testigo presencial del hecho no reconoció a B. en el juicio, sino sólo a través de la incorporación de un elemento prohibido por la ley, lo que reclamó en su momento y ofreció prueba de ello.

SEGUNDO: Que, en subsidio de la causal ya descrita, la defensa de B. invocó la del **artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal**, por haberse omitido los requisitos señalados en el artículo 342 letras c) y d) del mismo cuerpo normativo.

Tales faltas se produjeron por diferentes motivos que resume de la siguiente manera: 1) Dice que los jueces omitieron describir la forma en que se hace el reconocimiento del imputado por el testigo presencial, ya que en el considerando 9° de la sentencia sólo afirman que aunque Á. no reconoció a B. en la audiencia, lo hizo por la exhibición de fotografías que le hicieron los policías esa tarde, pero no precisan cómo se incorporó tal información al proceso. Incluso el testigo, en esa ocasión, dijo que sólo reconocía vestimentas y en el motivo del tribunal hay una relación con el propietario del arma y su nieto que fue la persona que se la sacó de donde la guardaba y la entregó, pero este tema sólo permite concluir la posesión del arma, pero no el hecho del disparo. 2) Los jueces omiten hacerse cargo de las peticiones de la defensa en relación a su

teoría del caso sobre la denuncia de infracción de garantías fundamentales en el procedimiento policial y que se hicieron presentes en el alegato de clausura. Al respecto, adujo que del testigo Á., los jueces sintetizaron su denuncia en que no había podido proporcionar antecedentes sobre las vestimentas o características físicas de los sujetos que habría visto en el baño atacar a Jimmy, pero allí debía precisarse que lo alegado era que se hizo a ese testigo *“reconocer un reconocimiento fotográfico que era una diligencia policial”*. Agrega que no se hicieron cargo de la alegación relativa al “ingreso del registro policial”, lo que explica en cuanto a que se descarta la falta de registro en la carpeta de investigación de modo ambiguo, sin que aparezca claro si lo hacen porque comparten la idea de que existe la omisión o si la justifican en pos de la investigación. Aquí ni siquiera aparece la principal alegación de infracción de garantías y que fue la de incorporación de un documento prohibido para contrastar al testigo Á., lo que se denunció en el alegato de cierre. 3) Reclama que los juzgadores tampoco se hicieron cargo de las conclusiones sobre los testigos del Ministerio Público y la poca rigurosidad de la investigación.

TERCERO: Que por el recurso de nulidad deducido por la defensa del condenado F.G.D.V., se invocó sólo la causal del **artículo 374 letra e) del Código Procesal Penal**, denunciándose omisión del requisito señalado en el artículo 342 letra c) de ese mismo código.

Ello también se habría materializado en diversos aspectos, a saber: En primer término, porque se tiene por establecido un hecho sin material probatorio que sustente la conclusión del tribunal, ya que los jueces asentaron en el fallo que el testigo Y.O. (el joven que sacó el arma a su abuelo y la entregó a los imputados) identificó a los acusados en la audiencia de juicio, en circunstancias que ese testigo dijo reconocer a B. y tener dudas sobre D. porque tuvo menos contacto con él e incluso cuando la defensa le pidió que describiera a D., su descripción no coincidía con el sujeto.

En segundo lugar, alega que el tribunal no se hizo cargo de la versión de F.D. sobre su participación. Los jueces dijeron que D. fue uno de los que sostenían a la víctima en el suelo y descarta su versión de que habría entrado al baño a orinar porque no es verosímil que así fuera si adentro habían tres sujetos golpeando a un guardia y uno de ellos portaba un arma de fuego. La defensa aduce que, sin embargo, la versión de D. (que fue incorporada por un policía) era otra: que estaba bebiendo solo y entró al baño y vio a unos sujetos golpeando a un guardia colombiano que vende droga. Se puso a orinar y escuchó un disparo. Se volteó y uno de los sujetos le sacó su Iphone del bolsillo y él se acercó a auxiliar al herido cuando entró gente al baño y lo golpearon pensando que él tenía algo que ver en el hecho.

Como tercera omisión, denuncia que el tribunal concluyó la participación de D. sobre la base de inferencias

excesivamente abiertas, débiles e indeterminadas. Al respecto, sostiene que el nexo entre el hecho base y el hecho consecuencia debe ser coherente, lógico y racional y que en el caso, el defecto que reclama, conlleva que las presunciones sea inaptas para lograr la convicción necesaria para hacer desaparecer la presunción de inocencia del imputado y, en definitiva, establecer su culpabilidad.

En cuarto término, el tribunal habría arribado a conclusiones sin la debida fundamentación que las sustente: ello se verifica en la sección del fallo donde se afirma por los jueces que *“no queda duda que según el testigo el sujeto detenido esa noche participó en la acción consistente en sostener al occiso”*. Tal es, a juicio de la defensa, sólo una afirmación, desprovista de la fundamentación que exige el artículo 297 del Código Procesal Penal en cuanto se establece la participación que señala el artículo 15 N°1 del Código Penal.

CUARTO: Que habiéndose ofrecido y admitido prueba sobre la preparación de la causal principal del recurso interpuesto por la defensa del acusado B., al inicio de la audiencia de conocimiento de los recursos, el Sr. Presidente de la Sala preguntó a los intervinientes sobre la necesidad de su reproducción a lo que tanto el abogado del mencionado acusado como el del Ministerio Público manifestaron estar de acuerdo en que la citada causal había sido correctamente preparada, por lo que el recurrente se desistió de esa prueba.

En consecuencia, sólo se escuchó la prueba ofrecida para demostrar las circunstancias de la causal principal y que correspondió al registro de audio del juicio oral, pista 1110024141-4-989-121026-01-05, declaración del testigo J.Á.T. desde el minuto 14:48 a 15:09 y 24:37 a 26:49.

En la primera sección se escuchó lo siguiente:

Á.: Ellos fueron a mi domicilio en la tarde

Fiscal: Ya, y ¿por qué fueron a su domicilio?

Á.: Fueron a mostrarme unas fotografías a ver si identificaba a alguien

Fiscal: Ya, ¿y Ud. logró identificar a alguien?

Á.: La verdad es que hice lo posible pero no quiero entorpecer, más no puedo apuntar directamente... a una persona porque yo vi solamente características de las personas no podría decir cuáles son las personas que se fueron.

Siguiente segmento:

Fiscal: “Don J., ¿podría referir, Eh, el lugar, la fecha y la hora de este documento?”

Á.: Agosto 2011, en Iquique 07, en Iquique, a 07 días del mes de agosto del año 2011, siendo las 14:01 horas.

Fiscal: ¿Reconoce la firma que está en este documento?

Á.: Es mía

Fiscal: ¿Podría leer al tribunal lo que está marcado con destacador?

Á.: El día en la madrugada en el baño de hombres del local que administro de nombre D.R. y en compañía de otros dos sujetos, le disparó a Jimmy de nacionalidad colombiana, cuando éste estaba de espaldas sobre el suelo. La persona de la fotografía N°4 corresponde a C.E.B.S.

Fiscal: Entonces Sr. Á., Ud. refiere que la policía le tomó a Ud. declaración el 7 de agosto en hora de la mañana, pero con posterioridad volvió a contactarlo a Ud.?

Á.: Así es

Fiscal: Y se efectuó este reconocimiento donde Ud. señala que se le exhibieron fotografías para que Ud. identificara a alguien

Á.: Sí, pero sí, pero voy a dejar claro una cosa Fiscal, que si bien es cierto yo juré y prometí decir verdad, Eh... yo dije se parece la persona y que con nombre y apellido..., yo no puedo identificar a la persona

Fiscal: Claro porque Ud. no lo conocía de antes

Á.: No lo conocía y cuando la policía me mostró la fotografía, yo dije se parece a esta persona, no dije se esa persona.

Fiscal: Es decir, puedo entender que de las fotografías que se le exhibieron...

Á.: Era la persona que más se asemejaba

Fiscal: Exacto

Á.: Pero no...

Fiscal: Pero, la policía tenía el nombre

Á.: Sí, pero no podía decir, esa persona fue, eso quiero dejarlo claro.

QUINTO: Que, respecto del primer recurso de nulidad, según se advierte de la sentencia impugnada, donde se hizo una síntesis de toda la declaración del testigo J.Á.T., administrador del pub D.R. en cuyo baño ocurrieron los hechos investigados, además de lo escuchado en la audiencia de conocimiento de los recursos y arriba copiado, aquél describió el procedimiento adoptado por la policía diciendo que prestó declaración en la unidad en el transcurso de la mañana y que en la tarde, los funcionarios fueron a su casa y le mostraron unas fotografías, identificando a una persona pero sin total seguridad, sujeto que contrastado con su declaración, correspondería a C.B. (fojas 6 vuelta).

Asimismo, en la declaración del testigo Carlos Flores Huerta, funcionario de la Brigada de Homicidios, consta en la sección pertinente (fs. 4 vuelta) que al testigo J.Á. se le exhibieron álbumes fotográficos en los que reconoció al imputado C.B. como el sujeto que disparó a Jimmy y a quien le arrebató el arma de fuego, lo que fue más tarde repetido por el policía Juan Carrasco Ortiz, jefe de esa misma Brigada (a fs. 7 vuelta).

Más tarde cuando el tribunal analiza las pruebas de cargo para tener por establecida la participación de los imputados en los hechos investigados, se sostiene en el considerando noveno –en lo que a este imputado

cabe– que el testigo J.Á.T. “*Si bien no pudo reconocerlos durante la audiencia de Juicio Oral... reconoció a C.B. en unas fotografías que le exhibieron los policías esa tarde, aunque esta vez sin total seguridad*”. Ello se corrobora más adelante en el mismo considerando donde se afirma que “*...se exhibieron los álbumes fotográficos a J.Á.T., quien también reconoció a C.B. como el sujeto que le disparó a Jimmy y a quien le arrebató el arma de fuego*”. A ello se sumó la imputación precisa que hizo el joven Y.O. que sacó sin autorización el arma de fuego de su abuelo desde el lugar donde aquél la tenía guardada y la entregó a unos sujetos que conoció como el Negro y el Zarpao, lo que hizo por temor, y a quienes reconoció en la audiencia, siendo uno de ellos, B.

En su conclusión, los jueces del tribunal oral dijeron que “*De esta manera logró ser probado que F.D., detenido por civiles esa noche al interior del D.R. corresponde al individuo que fue visto por el administrador del local sosteniendo a la fuerza a la víctima y que logró ser aprehendido al intentar huir, vinculándose a éste y a C.B., también identificado por el citado testigo ante los policías, con el revólver marca Taurus empleado para dar muerte a J.S., arma que les había sido entregada días antes por Y.O.*”.

SEXTO: Que el vicio denunciado consiste en haberse permitido la exhibición de un reconocimiento fotográfico policial como apoyo memoria al testigo Á., situación prohibida a juicio de la defensa, en el artículo 334 del Código Procesal Penal.

Sin embargo y sin perjuicio de lo que pueda decirse sobre la diligencia de exhibición en sí misma, del contexto que fluye de los antecedentes referidos en el motivo precedente surge, por una parte, que los jueces no ponderaron aquella gestión policial, sino que los dichos del testigo quien, según se lee de la sentencia, había declarado que efectuó una diligencia de reconocimiento ante funcionarios policiales y habría dicho que entonces identificó a una persona pero no con total seguridad, momento en el que se introdujo el contraste que impugna la defensa. Y, por otra parte, ocurre que suprimida tal actuación, el resultado consignado en el fallo es el mismo, puesto que hubo al menos dos funcionarios policiales que se refirieron al mismo reconocimiento fotográfico y que dijeron que en aquél, J.Á. identificó a C.B., elementos de cargo que si bien carecen del mismo mérito que la declaración directa del testigo, no han sido impugnados por la defensa por tal motivo.

De lo dicho resulta, en consecuencia, que aunque se hubiera producido la infracción, ella no se concretó porque el tribunal no ponderó el documento exhibido y, además, carece de trascendencia porque aquello que pudo eventualmente obtenerse a través del ejercicio que repugna a la defensa, se obtuvo por causa independiente y no objetada de ilegítima.

Siendo requisito indispensable para la procedencia de la nulidad, la existencia de infracción de carácter sustancial, su falta torna innecesario mayor análisis.

SÉPTIMO: Que por la causal invocada en forma subsidiaria, del artículo **374 letra e) del Código Procesal Penal, se ha reclamado infracción al artículo 342 letra c)** de ese mismo código, por cuanto el testigo J.Á. declaró que no estaba en condiciones de reconocer a ninguna de las personas presentes en la audiencia, como aquél que había disparado el día de los hechos contra la víctima y, sin embargo, en el fallo se consignó que reconoció en fotografías que le fueron exhibidas esa tarde, a C.B. El vicio está en el hecho que el tribunal omite señalar cómo ingresa esa información al proceso y cómo valora la declaración del único testigo presencial, sin que logre entenderse el razonamiento del tribunal. Ese testigo incluso dijo que sólo vio vestimentas. Además, el fallo en esta parte vincula ese hecho con la sindicación de Y.O. en relación a la entrega del arma de fuego, pero ello sólo conduce a la acreditación de la posesión de aquella.

Sobre este punto, de la sola lectura del motivo noveno de la sentencia impugnada, aparece claro el cumplimiento de las exigencias del artículo 342 letra c) del Código Procesal Penal, en relación a los tópicos que refiere el defensor, desde que los jueces reconocen que Á. dijo en un primer momento que sólo vio las vestimentas, pero luego declaró también que había reconocido a D. y a B., aunque no fuera con total seguridad, explicando en qué circunstancias vio a cada uno, hecho del cual los jueces también se hicieron cargo, admitiéndolo, pero ocurre que ello —al igual que la discusión ventilada

por la causal principal— fueron relacionadas con las declaraciones de los funcionarios policiales que también declararon la existencia del reconocimiento fotográfico, por lo que no era preciso hacer más caudal del punto, máxime si se trató de un incidente verificado en la audiencia.

Asimismo, la vinculación que se efectuó con el reconocimiento que hizo Y.O., es correcta, porque el origen y entrega del arma de fuego con que se cometió el delito constituyó para los juzgadores un indicio más para establecer la identidad de los partícipes.

OCTAVO: Que por la causal absoluta se ha denunciado también la omisión en el fallo del necesario pronunciamiento sobre la teoría del caso de la defensa, en cuanto a la existencia de una serie de infracciones de garantías fundamentales cometidas durante el procedimiento policial y que se invocó en el alegato de clausura.

En concreto, se reclama que en el razonamiento 10° de la sentencia, sin perjuicio de una serie de cuestiones que sí fueron consignadas, debió haberse precisado el alegato en relación al testigo Á. a quien se hizo “reconocer un reconocimiento fotográfico que era una diligencia policial”. También reclama que se descartó sin mayor fundamento su protesta en torno a que faltó registro de una serie de diligencias policiales, lo que se rechazó porque su único objeto era orientar la investigación (un bosquejo hecho por O. para ubicar el domicilio de B. y la

verificación de los domicilios de sus familiares), declaración que le parece ambigua.

Sobre este motivo de la causal subsidiaria, el primer alegato es impertinente, porque no afecta la fundamentación de la sentencia. Su único objetivo pudo ser remarcar la preparación de la causal principal, lo que estaba de sobra cumplido, pero analizado y desechado el incidente en audiencia, no era necesario que fuera repetido en el fallo.

Luego, en cuanto a la falta que se reclama sobre las deficiencias de la investigación, la misma defensa admite que la fundamentación para el rechazo existe, lo que ocurre es que le parece insuficiente, pero ello puede ser consecuencia del hecho que el alegato levantado al término del juicio oral sobre una deficiente investigación, pudo parecer inoportuno.

NOVENO: Que, finalmente, por la causal absoluta se ha denunciado que el tribunal no se hizo cargo de lo planteado por la defensa en relación a lo referido por los testigos del Ministerio Público y la poca rigurosidad que tuvo en la investigación. Sobre el punto, cita la declaración del testigo Carlos Flores Huerta, oficial que diligenció la investigación, de la que destaca el hecho que dijo haber constatado en el salón principal, pasillo y baño del boliche, unas manchas pardo rojizas que impresionaban como reguero de sangre, las que según su apreciación, no guardaban relación con el occiso porque sus ropas estaban escasa-

mente manchadas. Aquí concluye la cita, sin denuncia concreta alguna.

Luego se menciona una referencia del testigo Juan Carrasco Ortiz, jefe de la Brigada de Homicidios, quien dijo que al arma homicida no se le practicó pericia huellográfica porque había sido manipulada por varias personas. Se destaca que fue objeto de pregunta aclaratoria y se destaca que el tribunal nada dice en sus conclusiones sobre este punto, lo que le parece paradójal. Sin embargo, nuevamente, no se advierte que haya aquí la denuncia de una omisión del fallo, como tampoco de la violación de alguna máxima de experiencia, conocimiento científicamente afianzado o regla de la lógica, lo que reduce la protesta a una simple impugnación de la asignación de mérito que hicieron los jueces a tales antecedentes de cargo, lo que no es susceptible de objeción por esta vía.

Recurso de nulidad deducido por la defensa de F.G.D.V.

DÉCIMO: Que por este recurso se ha denunciado omisión de las exigencias contenidas en la **letra c) del artículo 342 del Código Procesal Penal, lo que se denunció al asilo de la causal absoluta del artículo 374 letra e) de ese mismo código.**

En primer término, se reclamó que Y.O., si bien reconoció a los imputados como el Negro y el Zarpao, dijo no estar seguro respecto del Zarpao y –preguntado por la defensa– dio una descripción física de aquél que no se condice con sus características reales. Sin embargo, en el motivo noveno, los jueces afirman que los

identificó en la audiencia de juicio oral, a pesar de no haber sido categórico en su reconocimiento.

Sobre esta primera denuncia, es preciso dejar establecido que no se rindió prueba para contrariar lo que afirma la sentencia y la síntesis que en ella se hace de la declaración de O. que consta a fs. 6, se lee que aquél dijo haber reconocido a ambos, *“aunque del primero (D.) no está tan seguro, pues con dicho sujeto tuvo menos contacto, ya que el otro era el que más hablaba y era más agresivo”*. También se sintetizó en ese motivo, que O. describió al Zarpao como un hombre blanco, de pelo claro, delgado y más bajo que el otro *“características que identifica en el acusado”* agregando que le fue más difícil reconocerlo, ya que lo vio sólo en tres oportunidades.

Lo descrito no se opone al hecho que luego se dijera por los jueces en el razonamiento noveno, que Y.O. reconoció a los imputados en el juicio oral, porque ello así fue, persona que dio explicaciones de las razones por las cuales le resultó mejor o peor identificar a uno u otro y sin que esta Corte pueda corroborar lo dicho acerca de la descripción física, porque del fallo se lee que aquella era consistente con el acusado.

En segundo lugar, la denuncia se hizo consistir en que el tribunal no se hizo cargo de la versión de F.D. sobre su participación, lo que se relacionó con que no se hizo cargo de la falta de rigurosidad de la investigación, que denunció.

Sin embargo, la defensa pretende que los jueces se hagan cargo de

una supuesta excusa o coartada que habría tenido F.D., que ni siquiera fue invocada por él mismo, sino que fue introducida al juicio por un funcionario policial y respecto de la cual se levantan dos reclamos diferentes, sin que quede claro cuál es el relevante: de un lado, que no se analiza tal excusa y de otro, que nada se habría dicho sobre la falta en rigor de la investigación. Sobre lo primero, basta afirmar que el tribunal se hizo cargo de lo dicho por el funcionario y que restó mérito a la defensa opuesta ante él por el acusado F.D. porque le pareció inverosímil, explicando los motivos que le llevaron a pensar así, sin que la recurrente haya impugnado por ser contrarias a la sana crítica tales motivaciones. Y, en lo que atañe a la supuesta falta de rigor en la investigación, amén que no consta en parte alguna de la sentencia que fuera materia del alegato de apertura o clausura de la defensa, no se advierte qué pudieran haber agregado los jueces sobre la materia, si D. dijo haber estado solo en el baño con los autores del hecho y el occiso.

Como tercera omisión, la defensa denuncia que el tribunal concluyó la participación de D. sobre la base de inferencias excesivamente abiertas, débiles e indeterminadas, lo que describe en relación a la existencia de presunciones inaptas para lograr convicción necesaria para hacer desaparecer la presunción de inocencia del imputado y, en definitiva, establecer su culpabilidad. Todo este capítulo será desde luego desestimado, puesto que en él no hay más que una impugnación al proceso de

valoración propio de los jueces del fondo, sin que se haya levantado una denuncia de infracción propia de la causal que se ha esgrimido.

Finalmente, se denuncia que el tribunal habría arribado a conclusiones sin fundamento, cuando afirma *“no queda duda que según el testigo el sujeto detenido esa noche participó en la acción consistente en sostener al occiso”*.

La frase transcrita se inserta en el párrafo donde el tribunal analizó los elementos de cargo producidos en el juicio oral contra el acusado F.D., consistentes fundamentalmente en la declaración del testigo J.Á. que dijo que la persona detenida esa noche por los parroquianos que estaban dentro del Pub, fue la que vio sostener a J.S. en el suelo mientras otro sujeto le disparó, a lo que se sumó la imputación del testigo Y.O. quien lo sindicó como uno de los sujetos que le exigieron la entrega del arma de fuego de su abuelo, para asustar a alguien.

No se trata entonces de una afirmación desprovista de fundamento, sino que de la conclusión a la que arribaron los jueces del fondo después del análisis que a ellos compete de modo soberano de la prueba que recibieron directamente en la audiencia de juicio oral.

UNDÉCIMO: Que, en consecuencia, por no ser efectivas las omisiones denunciadas, serán rechazado también este recurso.

Y visto además, lo dispuesto en los artículos 373, 374 y 384 del Código Procesal Penal, **se recha-**

zan los recursos de nulidad deducidos a fs. 17 y 49 de este legajo, por las defensas de C.E.B. y F.G.D.V. contra la sentencia de treinta y uno de octubre de dos mil doce, escrita a fs. 1 y siguientes y el juicio oral que le precedió en la causa RUC 1110024141-4 y RIT 143-2012, los que, en consecuencia, **no son nulos**.

Acordado el rechazo del recurso deducido a favor de C.B., con el voto en contra del Ministro Sr. Brito quien estuvo por acoger la causal principal de ese recurso por estimar que en la especie se infringió el derecho al debido proceso, al haberse autorizado el ingreso de un antecedente policial al debate del juicio que luego de ser valorado incidió sustancialmente en la resolución del asunto, constituyendo la causal de nulidad que señala el artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal.

En efecto, el artículo 334 del código citado, señala que *“Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332 (que no comprenden las actuaciones de la policía), no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba **ni dar lectura durante el juicio oral**, a los registros y demás documentos que diereen cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público.”*

En el juicio el testigo Á. dijo no haber reconocido con seguridad a una persona, por lo que se requirió por la Fiscal a cargo la exhibición de un reconocimiento fotográfico practicado en sede policial, antecedente que responde íntegramente a aquellos prohibidos en la norma citada

y a cuya lectura se procedió durante la audiencia, tal como quedó en evidencia de la prueba de audio reproducida en la vista del recurso, hecho que por lo demás no fue desconocido por el representante del Ministerio Público que compareció a estrados.

Es efectivo que esa diligencia de reconocimiento no fue invocada ni incorporada formalmente como medio de prueba en el juicio, pero no lo es menos que se procedió a dar lectura a ella y que no puede menos que entenderse así, de este modo se entregó información al declarante y los jueces, produciendo efectos, puesto que antes de aquella, el testigo no pudo sostener que reconocía a C.B., no obstante lo cual debió leer en la audiencia que lo había reconocido ante la policía en unas fotografías que le fueron exhibidas.

Ese reconocimiento del imputado es fruto de una diligencia ilegítima, porque aunque el reconocimiento fotográfico haya sido autorizado por el fiscal en su momento, sigue siendo una diligencia policial, y fue valorado por el tribunal que lo refirió en términos expresos en el razonamiento noveno párrafo segundo de la sentencia, donde dejó constancia que Á. *“reconoció a C.B. en unas fotografías que le exhibieron los policías esa tarde, aunque esta vez sin total seguridad”*.

Esta circunstancia no sólo concreta la ilegitimidad del proceder del fiscal, autorizado por el tribunal, sino que materializa la trascendencia de la infracción, puesto que el solo hecho que dos funcionarios policiales también hayan declarado en

el juicio acerca del reconocimiento positivo no la excluye, tanto porque el referido antecedente policial no debió ser empleado cuanto porque se trata del dicho de dos testigos de oídas que pretenden suplir a un testigo presente en el juicio; a lo que aún es posible agregar que Á. declaró expresamente que sólo vio a la persona que afirmaba en el suelo al afectado, pero que de los demás vio sólo sus vestimentas sin lograr captar sus características físicas, contradicción de la que no se hizo cargo el tribunal en ninguna sección del fallo.

En estas circunstancias, la única imputación válida que subsiste contra el acusado B. es la del testigo Y.O., quien dijo que era uno de los que le exigieron el arma de fuego de su abuelo y que ese sujeto estaba presente cuando la entregó. Tal hecho sólo permite comprobar la posesión del arma pero no su empleo por el acusado en el hecho posterior, ni menos aún la autoría del disparo. Estos últimos razonamientos han de hacerse para poner en eviden-

cia la trascendencia de la infracción cometida.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Milton Juica Arancibia y, de la disidencia, el Ministro Sr. Haroldo Brito Cruz.

Rol N°8585-12.

Pronunciado por la Segunda Sala integrada por los Ministros Sres. Milton Juica A., Hugo Dolmestch U., Carlos Künsemüller L., Haroldo Brito C. y el abogado Sr. Ricardo Lagos G. No firma el Ministro Sr. Juica, no obstante haber estado en la vista de la causa y acuerdo del fallo, por estar en comisión de servicios.

Autorizada por la Ministro de Fe de esta Corte Suprema.

En Santiago, a treinta de enero de dos mil trece, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

